

La sharía en Occidente

Minorías religiosas y pluralismo jurídico

CHRISTIAN J. BACKENKÖHLER CASAJÚS



La sharía en Occidente

Minorías religiosas y pluralismo jurídico

CHRISTIAN J. BACKENKÖHLER CASAJÚS



La sharía en Occidente

Minorías religiosas y pluralismo jurídico

CHRISTIAN J. BACKENKÖHLER CASAJÚS



Índice

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1. EL MULTICULTURALISMO Y LA PRIVATIZACIÓN DE LA JUSTICIA

La polémica sobre los tribunales de sharía en Occidente

El arbitraje y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos

Tendencias a la privatización de la justicia

CAPÍTULO 2. LA SHARÍA Y LAS MINORÍAS RELIGIOSAS EN OCCIDENTE

La protección identitaria y la paradoja de la vulnerabilidad multicultural

La protección de la identidad y la paradoja de la vulnerabilidad multicultural

La sharía y la familia transnacional: los problemas de la construcción de un entorno normativo en la diáspora

CAPÍTULO 3. EL PLURALISMO JURÍDICO EN FUNCIÓN DEL ESTATUS RELIGIOSO

La ley islámica como identidad cultural

El principio de uniformidad legal

Los sistemas jurídicos de las minorías

El pluralismo jurídico de base religiosa

CAPÍTULO 4. HACIA NUEVOS MODELOS DE INTEGRACIÓN NORMATIVA

Interlegalidad y acomodo legal: la adscripción cultural voluntaria y los trasplantes jurídicos

Navegando entre mundos normativos: identidad y legalidad musulmana posmoderna

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

NOTAS

Christian J. Backenköhler Casajús

Doctor en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas por la Universidad Autónoma de Madrid, donde realizó una tesis doctoral sobre la aplicación de la sharía en Occidente desde la perspectiva del multiculturalismo y el pluralismo jurídico. Es licenciado en Derecho y en Ciencia Política y de la Administración, y máster en Estudios Árabes e Islámicos Contemporáneos. Ha participado en diversos proyectos de investigación desarrollados en la Universidad Autónoma de Madrid y el CSIC, entre ellos, un proyecto sobre justicia intercultural en colaboración con el Institut National de la Recherche Scientifique (INRS) de Montreal. Sus áreas de investigación son la dimensión cultural del derecho, el pluralismo religioso y el estudio de las minorías musulmanas en Occidente.

Christian J. Backenköhler Casajús

La sharía en Occidente

Minorías religiosas y pluralismo jurídico



Esta publicación ha recibido una ayuda a la edición del Proyecto FFI2016-78014-P del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia.

© Christian J. Backenköhler Casajús, 2021

© Los libros de la Catarata, 2021

Fuencarral, 70

28004 Madrid

Tel. 91 532 20 77

www.catarata.org

LA SHARÍA EN OCCIDENTE.

Minorías religiosas y pluralismo jurídico

isbne: 978-84-1352-969-1

ISBN: 978-84-1352-163-3

DEPÓSITO LEGAL: M-1.748-2021

thema: LAQ/JBSR/LW

impreso en artes gráficas coyve

este libro ha sido editado para ser distribuido. La intención de los editores es que sea utilizado lo más ampliamente posible, que sean adquiridos originales para permitir la edición de otros nuevos y que, de reproducir partes, se haga constar el título y la autoría.

Quiero agradecer a mi director de tesis, Francisco Colom González, la consecución de este libro. Sin su apoyo y paciencia habría sido imposible en un año tan complicado como el que hemos pasado medio mundo. Y debo agradecerle también haberme dado la oportunidad hace años de investigar sobre el objeto principal de este libro: el pluralismo jurídico y las minorías religiosas. Gracias, Paco, por todo.

Este libro está dedicado también a mi madre y a mis hermanas, pero sobre todo a Bárbara y a nuestra hija Rita, quienes son todo para mí. Gracias a las dos por iluminar cada día de mi vida.

Introducción

La importancia de la sharía, y más concretamente del derecho islámico, ha sido crucial en la organización y supervivencia de las comunidades musulmanas en Occidente. Como veremos a lo largo de este libro, las normas de derecho islámico les han servido a los musulmanes como referencia de comportamiento e integración en sus comunidades, permitiéndoles configurar de una manera informal, pero decisiva, los márgenes de actuación y de buenas prácticas para el cumplimiento de los preceptos del islam en la diáspora. En Occidente, en cambio, no acabamos de distinguir entre el derecho islámico y la sharía, y hemos asistido perplejos a la evolución de sus respectivas normas entre las minorías musulmanas. En el islam todo comienza y acaba en la sharía, el camino que debe seguir todo buen musulmán. La sharía es, por lo tanto, un ideal que se impone sobre la conciencia de todos los musulmanes que quieran cumplir con sus creencias. La ley islámica, en cambio, es una elaboración jurídica fruto de la doctrina ideal reflejada en la sharía y su práctica diaria en las resoluciones de los tribunales de justicia (Coulson, 2000: 11). Esta distinción entre la ley islámica y la sharía es importante, a pesar de que en Occidente ambos términos sean equivalentes. Semejante confusión es origen de muchos prejuicios, pero no es la única. Por eso, el esfuerzo de este libro está encaminado en gran parte a mostrar el significado de la sharía y el derecho islámico para los musulmanes como normas que configuran la pertenencia a su comunidad, el islam.

El objeto principal de esta obra es el estudio de los procesos de autorregulación jurídica de las comunidades musulmanas en aquellas sociedades donde constituyen una minoría étnica, como ocurre en los países occidentales. Parte para ello de la hipótesis de que algunas minorías religiosas, como la musulmana, pero también la judía, han tratado de establecer un sistema normativo propio, basado en la cultura o la religión como aspecto diferenciador, con el fin de dotarse de un espacio jurídico autónomo para la resolución de los conflictos entre sus miembros. Estas demandas de

autorregulación se enmarcan en lo que se ha dado en denominar un “pluralismo jurídico” de base religiosa. Pero el pluralismo jurídico se ha convertido también durante los últimos años en una nueva perspectiva epistemológica para analizar fenómenos como las referidas demandas de autorregulación por parte de algunas minorías étnicas y religiosas. De forma muy resumida, puede decirse que el pluralismo jurídico constituye una corriente, en el seno de la sociología jurídica clásica y de las corrientes antiformalistas en las ciencias jurídicas y en la antropología legal, que aborda la posible coexistencia simultánea, en un mismo espacio jurisdiccional, de dos o más sistemas u ordenamientos normativos. A diferencia del “paradigma convencional” hegemónico (Sousa Santos, 1987: 280), configurado por el positivismo jurídico y sus tesis sobre la uniformidad del derecho y la identificación de este con el Estado, la perspectiva pluralista admite que en un mismo territorio puedan coexistir diversos sistemas jurídicos que se entrecruzan y compiten por la lealtad de sus habitantes. Aunque los presupuestos de esta corriente fueron desarrollados hace tiempo, concretamente a partir del estudio de las sociedades coloniales y el derecho consuetudinario, durante los últimos años han ganado auge como una explicación neosistémica de las nuevas relaciones sociojurídicas en un mundo globalizado y al hilo de la creciente diversidad cultural y religiosa de las sociedades modernas (Teubner, 1991). El pluralismo jurídico, por tanto, ha incorporado una dimensión étnica al análisis de la interacción normativa de culturas jurídicas diversas; en la actualidad se utiliza como un recurso para explicar y respaldar las demandas de autorregulación y reconocimiento jurídico por parte de algunas minorías étnicas y religiosas (Colom González, 2012: 1).

La inspiración para el tema principal de este libro, las citadas demandas de autorregulación, vino del análisis de dos episodios que tuvieron lugar en la primera década de nuestro siglo. El primero fue en Canadá, en el otoño de 2003, cuando una asociación musulmana conservadora solicitó el reconocimiento de un tribunal de carácter religioso bajo el amparo de la ley de arbitraje de la provincia de Ontario. El otro tuvo lugar en Reino Unido, con la polémica surgida en 2008 tras un discurso de Rowan Williams, por aquel entonces arzobispo de Canterbury. Ambos casos, que estudiaremos detenidamente en el libro, forman parte del debate sobre los

llamados tribunales de sharía en Occidente. En ellos se discutió la posibilidad de que las comunidades musulmanas pudieran disponer de tribunales propios para la resolución de conflictos sobre cuestiones de familia. En Canadá, el tribunal propuesto pretendía ejercer sus funciones bajo el amparo de la ley de arbitraje de una provincia, Ontario, que en aquellos momentos permitía la configuración de un proceso a la medida de las partes. Esa libertad de elección del proceso y de las normas arbitrales ofrecía un amplio margen de actuación para la configuración del tribunal. No impedía, en la práctica, que este adoptara un carácter religioso, ya que no se exigía determinar la procedencia de las normas invocadas. De hecho, desde hacía años funcionaban en Ontario, sin ningún impedimento, tribunales rabínicos con un alto grado de aceptación entre los miembros de la comunidad judía. El problema fue, sin duda, que esta vez el reconocimiento lo pedía una asociación musulmana, elevando a polémica lo que debería haber quedado como una anécdota más sobre las posibilidades de la legislación sobre arbitraje en la provincia. Una vez que la sociedad canadiense fue consciente de la posibilidad de este tipo de tribunales, la polémica se apoderó de los medios de comunicación. Canadá ha sido siempre un país pionero en el reconocimiento de las diferencias culturales, pero la cuestión de los “tribunales de sharía” llevó a su sociedad a cuestionarse los límites de sus políticas multiculturales.

En Reino Unido también tuvo lugar una controversia relacionada con la anterior, esta vez tras el discurso pronunciado por el arzobispo de Canterbury en febrero de 2008. En su disertación, monseñor Rowan Williams mencionó la posibilidad de que la ley islámica pudiera aplicarse con pleno reconocimiento a través de los tribunales de arbitraje religioso, al igual que en el caso canadiense. Para el arzobispo, la utilización de la sharía o de la ley islámica para la resolución de conflictos entre los musulmanes británicos podría mejorar su integración en la sociedad, pues no les obligaría a tener que elegir entre los sistemas jurídicos a los que están suscritos, sino que permitiría complementarlos. La inclusión de la ley islámica se realizaría a través de una jurisdicción suplementaria que la acomodase a la legislación británica, quedando igualmente supeditada, como el resto de las jurisdicciones, a todos los mecanismos de control y revisión. Pero la propuesta del arzobispo

no fue bien recibida. Los medios de comunicación se hicieron eco de su contenido y el sensacionalismo británico terminó por dilapidar cualquier posibilidad de reconocimiento. La propuesta se entendió como una invitación a la creación de tribunales de sharía y de un sistema paralelo de justicia, aunque en verdad el arzobispo solo pretendía incluir algunas disposiciones de inspiración islámica dentro del sistema jurídico británico, añadiendo una serie de garantías que protegiesen la igualdad y los derechos de todos los miembros de la comunidad musulmana.

En ambos casos la polémica sentenció cualquier posibilidad de un debate social que acercara posturas, pero sirvió de punto de partida para numerosos análisis sobre la complejidad jurídica y normativa de las sociedades actuales. En esa nueva complejidad destaca la creciente tendencia a la privatización de la justicia, un proceso que obedece a dinámicas transnacionales, pero en el que intervienen también elementos identitarios. Esto se ha traducido, como analizo en el libro, en la preferencia de algunas minorías étnicas y religiosas por la autorregulación, el deseo de asumir mayores competencias judiciales, ya sea a través de los mecanismos de arbitraje y mediación o de jurisdicciones complementarias. Desde hace algún tiempo, los Estados han venido considerando estas vías alternativas de resolución de conflictos como un modo de descongestionar la actividad jurídica y procesal de los tribunales, ya que permiten a los ciudadanos resolver conflictos privados sin tener que utilizar los mecanismos judiciales tradicionales. Pero esto también supone un avance en la libertad de los individuos frente al paternalismo estatal. El proceso se ha acentuado debido a los procesos de globalización, que han atravesado las relaciones sociales y económicas superando las clásicas fronteras territoriales. La privatización de la justicia se ha alimentado también del empuje de una multitud de actores que, por sus conexiones transnacionales, han intentado obviar las estructuras estatales para la consecución de sus intereses. Esta corriente ha sido aprovechada por algunas minorías étnicas y religiosas, que han intentado hacerse con el control de determinados elementos identitarios cristalizados en las prácticas y normas de sus comunidades. De ahí que hayan surgido experiencias de autogestión normativa mediante el recurso a formas privativas de resolución de conflictos, como el arbitraje y la mediación, utilizándolas para establecer espacios jurídicos propios.

Los motivos por los que las minorías étnicas y religiosas han optado por esta estrategia son complejos, pero básicamente obedecen a dos razones que adelanto aquí: la primera es que, con la globalización y los movimientos migratorios, los Estados occidentales han sufrido una reconfiguración en su composición etnocultural, surgiendo en ellos nuevas comunidades étnicas y religiosas dotadas de creciente visibilidad; la segunda es que, en la lucha por el reconocimiento político y cultural de esa visibilidad, estas minorías se han configurado como comunidades no territoriales. Las nuevas identidades religiosas posmigratorias están alterando el panorama occidental de la secularización. La falta de arraigo en un espacio concreto, que es una de las principales características de las minorías constituidas en la diáspora, las ha llevado a adoptar estrategias de preservación de su identidad en torno a elementos que no están directamente ligados al territorio, pero sí a determinadas formas de convivencia. Las comunidades de inmigrantes tienden a concentrarse en entornos o enclaves identitarios donde la religión juega un papel aglutinador. La diásporización de sus sistemas normativos y las pugnas por su reconocimiento cuentan con un fuerte trasfondo urbano y no solo obedecen al impulso de las nuevas tecnologías (Beaumont, 2008). Algunos grupos han desarrollado mecanismos de supervivencia en torno a los lazos familiares y la observancia de determinadas prácticas y normas. Este ha sido el caso de las comunidades musulmanas, para las que los ritos religiosos prescritos por el islam y el acatamiento de las normas de la sharía y del derecho islámico se han convertido en un recurso de preservación cultural en condiciones de minoría social. Se trata, pues, de estrategias de supervivencia, pero también de mecanismos de cohesión comunitaria. Gracias a esta resistencia a la asimilación mediante el recurso a la autonomía normativa, las comunidades musulmanas han logrado mantener cierto grado de integridad cultural y religiosa en la diáspora. Las sociedades de acogida no estaban preparadas para esa resistencia, dando erróneamente por sentado que se trataba de una cuestión transitoria. Se pensaba que los inmigrantes irían abandonando paulatinamente sus prácticas a medida que se integrasen en la sociedad de acogida y asimilasen las leyes del Estado. Con la globalización, la expansión de las telecomunicaciones y los procesos de urbanización, las comunidades musulmanas diaspóricas han visto alterada su

autopercepción, ahora condicionada por su carácter transnacional. Ciertamente, durante este tiempo han experimentado notables cambios internos, pero no en el sentido de la desaparición de sus normas y costumbres. Esto es algo especialmente manifiesto en las normas relativas al derecho de familia.

Como veremos, el derecho de familia musulmán constituye un medio fundamental para la preservación de la identidad personal y colectiva en la diáspora. Sus normas tienen la capacidad de regular las relaciones entre los miembros de la comunidad, además de fijar y proteger los criterios de membresía. Las normas relativas al matrimonio y su disolución, así como las que regulan el régimen económico del mismo y las condiciones para la adopción o el establecimiento de la filiación, son importantes para determinar el ingreso en la comunidad y su permanencia en ella. Son normas, pues, que tienen por objeto asegurar la supervivencia comunitaria, obligando a su observancia y transmitiéndose de padres a hijos en el entorno familiar. Pero el excesivo celo en el cumplimiento de estas normas afecta en especial a determinados miembros de la comunidad, como es el caso de las mujeres y los menores. Para las primeras, porque sobre ellas se vuelca el peso de cumplir con determinados criterios normativos ligados a la honorabilidad familiar y, posteriormente, la responsabilidad de transmitirlos, al ser las cuidadoras principales en un entorno eminentemente patriarcal. Para los segundos, porque en ellos recae la esperanza de conservar la identidad colectiva en el futuro, por lo que su asimilación a la comunidad debe quedar asegurada. Esto, como veremos, tiene importantes consecuencias y crea situaciones de especial vulnerabilidad que son difíciles de resolver.

El intento de conseguir cierta capacidad de autorregulación jurídica a partir de las normas del derecho de familia obedece, por tanto, en algunas minorías religiosas, como la musulmana, a una voluntad de supervivencia cultural. El problema evidente al que se enfrentan es, sin embargo, el de las posibles incompatibilidades con el ordenamiento jurídico del país de acogida. Como ocurrió en los dos episodios anteriormente mencionados, los intentos por reconocer alguna parcela jurídica a las minorías musulmanas chocaron con el rechazo frontal de los poderes públicos, que veían ante todo el surgimiento de un problema de gran calado institucional. Si

aceptasen la validez de normas que no han sido directamente sancionadas por el Estado, estarían reconociendo la existencia de otras fuentes normativas. Al tratarse de normas religiosas, el carácter secular de sus sociedades podría verse comprometido. Pero este problema no era el único. Si las minorías religiosas lograsen de alguna manera ver reconocidas sus demandas de autorregulación, se estaría admitiendo también que en un mismo Estado existen segmentos de la población sobre los que se van a aplicar reglas jurídicas diferenciadas, lo que afectaría al principio de igualdad y de tutela judicial efectiva. Adicionalmente, este problema afectaría sobre todo a las mujeres y los niños.

Ante esta difícil tesitura, los Estados occidentales han estado poco dispuestos a reconocerles ningún tipo de parcela jurídica específica a las minorías religiosas, y menos aún a la musulmana. La respuesta habitual ha consistido en reafirmar el monopolio de su gestión normativa y, como mucho, otorgar ciertas prerrogativas al margen de la tradicional libertad de culto, como las formas matrimoniales o algunas dispensas laborales. Ningún Estado ha llegado a reconocer institucionalmente una jurisdicción propia para las minorías religiosas, a menos que se debiera a una obligación histórica, como ocurre en Grecia con respecto a la minoría musulmana de la Tracia Occidental. No obstante, esta respuesta uniformista del Estado sobre la unidad del derecho y la administración de justicia no es la única posible. Algunos autores se han planteado la posibilidad y conveniencia de reconocer cierta capacidad de autorregulación a las minorías religiosas. Entre ellas destaca el planteamiento de la teórica de origen israelí Ayelet Schachar (2001), quien propone un modelo “transformativo” mediante el que ambos sistemas jurídicos, el estatal y el de la minoría, se acoplen mutuamente en un continuo entendimiento. El modelo de Shachar es sugerente, pero en la medida en que supone un cambio sustancial, ha encontrado muchas reticencias. Es difícil cambiar las dinámicas jurídicas de los Estados sin que estos puedan calcular cuáles van a ser las consecuencias a medio plazo.

A falta de una verdadera transformación pactada entre los Estados y las minorías etnorreligiosas, las dinámicas sociojurídicas seguirán su cauce, ya sea con o sin el explícito reconocimiento oficial. En el último capítulo veremos cómo la adaptación de los musulmanes a

su situación jurídica en la diáspora es constante, al igual que lo son sus intentos por encontrar un equilibrio entre las normas que forman parte de su identidad cultural y las de la sociedad en la que residen. De esta continua interacción normativa, concentrada en individuos que intentan compatibilizar diferentes lealtades jurídicas, surgen situaciones de un indiscutible carácter “interlegal”. En estos casos, la insistencia de algunos ciudadanos musulmanes por legalizar situaciones jurídicas previamente validadas en sus países de origen, sobre todo cuestiones relacionadas con el derecho de familia, ha generado pequeños ajustes en los sistemas jurídicos de los Estados anfitriones mediante el acomodo de algunas figuras legales ajenas. Más que el reconocimiento incondicionado de reglas o figuras jurídicas foráneas, estos preceptos representan pequeñas concesiones a algunos de sus efectos con las que se intenta evitar una situación injusta en un caso concreto. Veremos así que, en ocasiones, los jueces y tribunales de países occidentales han dado cabida a interpretaciones jurídicas culturalmente ajenas por motivos identitarios, aunque también como medida pragmática para la resolución de un caso específico. Todos ellos son ejemplos de lo que pretendo mostrar en este libro, que no es otra cosa que la implosión jurídica que la diversidad cultural y religiosa ha provocado en las sociedades occidentales y la necesidad de comprenderla para, quizá, aceptarla y, en su debido momento, incluirla.

Capítulo 1

EL MULTICULTURALISMO Y LA PRIVATIZACIÓN DE LA JUSTICIA

La polémica sobre los tribunales

de sharía en Occidente

La diversidad cultural y religiosa de las sociedades occidentales ha aumentado imparablemente a medida que el mundo se ha vuelto más globalizado e interconectado. Fruto de ese auge de la diversidad es el creciente acrisolamiento cultural de sus sociedades. El continuo flujo de individuos portadores de bagajes culturales diferentes ha creado nuevas comunidades locales que han contribuido a enriquecer en muchos aspectos a las sociedades receptoras. En este contexto, las minorías étnicas¹, culturales y religiosas han gozado por general de un marco favorable propiciado por las instituciones democráticas y los sistemas occidentales de derechos individuales. Del descubrimiento y reconocimiento de las nuevas culturas y religiones, con sus prácticas y tradiciones, las pautas de convivencia en las sociedades receptoras están evolucionando hacia mayores demandas de autonomía y capacidad de autorregulación por parte de algunas de estas minorías. Entre ellas destacan, por su polémica naturaleza, las demandas de algunos grupos religiosos para dotarse de medios alternativos de resolución de conflictos, como es el caso de los tribunales de arbitraje y mediación. Estas prácticas han sido relativamente frecuentes entre algunos grupos etnorreligiosos, como los judíos y los musulmanes, que han contado históricamente con tribunales religiosos para resolver determinado tipo de litigios entre los miembros de sus comunidades. Amparándose en la legislación sobre procesos de arbitraje, algunas de esas prácticas tradicionales de mediación religiosa han intentado proveerse de una formalización jurídica para sus procedimientos y decisiones. Tales tribunales existían en algunos países occidentales, de manera más o menos discreta, desde hacía tiempo. En Reino Unido, por ejemplo, venían siendo habituales entre los musulmanes desde principios de los años ochenta del pasado siglo (Menski, 2001: 156), mientras que entre los judíos su uso se remonta a muchos siglos atrás, aunque desde 1996 comenzaron a operar sin impedimento bajo la ley de arbitraje británica².

No fue hasta el primer decenio de este siglo cuando el conocimiento de estos tribunales trascendió la mera anécdota y su particularidad histórica y social. El primer caso se dio en 2003, cuando en la provincia de Ontario, en Canadá, una asociación musulmana quiso formalizar un tribunal religioso que, amparándose bajo la normativa local sobre arbitraje, resolviera disputas sobre cuestiones de familia mediante la aplicación de la sharía. El segundo caso fue en 2008, tras un discurso del arzobispo de Canterbury, Rowan Williams, quien abogó por el acomodo de las normas legales musulmanas en Gran Bretaña mediante su aplicación por tribunales religiosos amparados igualmente en la legislación sobre arbitraje del país.

En el caso canadiense, la polémica surgió cuando una asociación musulmana de carácter conservador, la Society of Canadian Muslims³, anunció en otoño de 2003 la creación del Islamic Institute of Civil Justice (IICJ)⁴, un tribunal islámico (Dar-ul-Qada), cuyo objetivo era aplicar normas islámicas de derecho de familia y de sucesiones para la resolución de conflictos entre la comunidad musulmana de Ontario. Al igual que en Reino Unido, esta práctica llevaba tiempo empleándose de manera informal, pero lo que ahora se pretendía era formar tribunales de sharía que pudieran operar bajo el amparo legal de la Ontario's Arbitration Act⁵ de 1991, la ley de arbitraje de la provincia⁶. Esta ley fue en su momento una novedad legislativa para dotar de mayor flexibilidad al ordenamiento jurídico regional y tratar de aliviar el colapso que sufría el sistema judicial, abaratando los costes procesales. Los procedimientos de arbitraje y mediación solían ser utilizados en asuntos comerciales, pero con la nueva ley de arbitraje se introdujo la posibilidad de que fueran empleados para resolver cuestiones de derecho de familia y sucesiones⁷.

El arbitraje es un sistema privado de resolución de conflictos que se asume por los interesados de manera voluntaria, lo que brinda a las partes de un amplio margen de libertad para la configuración del proceso y, por lo tanto, para la elección de la normativa y el órgano decisorio. Gracias a su flexibilidad, el arbitraje y la mediación se convirtieron en sistemas de resolución de conflictos muy utilizados en Canadá como alternativas a los procesos judiciales, sobre todo en asuntos de familia y de sucesiones. Esta es una de las razones por

las que las confesiones religiosas habían comenzado a utilizarlos desde hacía ya tiempo⁸. Sin embargo, cuando los medios se hicieron eco de la noticia y la sociedad canadiense supo de la existencia de estos tribunales, la polémica se desencadenó y la reacción de la sociedad civil fue inmediata⁹. Frente a tal presión, el consejero de justicia de Ontario solicitó el asesoramiento de la antigua fiscal general de la provincia, Marion Boyd, una conocida militante feminista, a quien encargó un informe independiente sobre los usos del arbitraje y la mediación, y el estudio de la viabilidad de los tribunales de arbitraje de base religiosa en la provincia de Ontario. Para la elaboración de su estudio, el conocido como Informe Boyd¹⁰, la antigua fiscal se reunió con un sinnúmero de agrupaciones de inmigrantes y de musulmanes, con diversas asociaciones de defensa de los derechos de las mujeres y de lucha contra la violencia doméstica y con una gran cantidad de juristas y académicos expertos en asuntos de familia. La mayoría de estas asociaciones y expertos manifestaron su preocupación por la manera en que el reconocimiento de los tribunales islámicos podía afectar a los derechos civiles y, en concreto, a la igualdad y a los derechos de las mujeres, quienes, a su juicio, verían seriamente restringida su capacidad civil debido a la desigualdad de género que inherentemente existe en el islam.

En contra de lo esperado, el Informe Boyd avaló finalmente la existencia de los tribunales de arbitraje religioso y su funcionamiento bajo “principios legales islámicos” (Boyd, 2004: 72), aunque estableció la necesidad de que su reconocimiento fuera limitado por una serie de requisitos y garantías destinados a proteger a las partes concurrentes, en aras de sostener el difícil equilibrio entre el reconocimiento de los derechos culturales de las minorías y la preservación de los derechos individuales (Boyd, 2004: 133). A pesar de la opinión favorable del informe, en otoño de 2005 el primer ministro de Ontario, Dalton McGuinty, anunció el fin de la polémica con la aprobación de la Family Statute Law Amendment Act, que pasaba a reformar las leyes de arbitraje y de familia de Ontario (Arbitration Act y Family Act, respectivamente). En la reforma se estableció que en los procesos de arbitraje en los que se atendieran cuestiones de familia solo podían aplicarse normas de la provincia de Ontario o de cualquier otra jurisdicción canadiense, lo que significaba restringir de forma implícita

cualquier posibilidad de aplicar normas religiosas o cualquier otro tipo de derecho foráneo. A estas restricciones también se unió rápidamente la provincia vecina de Quebec¹¹, quien anunció igualmente la prohibición de los tribunales islámicos y la aplicación de cualquier otro tipo de normas que no fueran las canadienses en los procesos de arbitraje y mediación, a pesar de que en su normativa ya existía una prohibición expresa a la utilización del arbitraje para cuestiones de derecho de familia.

El siguiente episodio trascendió a la opinión pública cuando en febrero de 2008 el arzobispo de Canterbury, Rowan Williams, en un discurso ante los Tribunales de Justicia (Royal Courts of Justice), planteó el posible acomodo de las normas religiosas en un Estado secular¹². En su disertación el arzobispo sugería la posibilidad de que normas religiosas como la sharía pudieran llegar a tener algún tipo de reconocimiento estatal como respuesta a las necesidades de una comunidad musulmana cada vez con mayor presencia en Gran Bretaña (Williams, 2008). Para el líder espiritual de la Iglesia anglicana, el reconocimiento de la sharía era una cuestión inevitable y su acomodo en el sistema legal británico podría ayudar, además, a una mayor integración de la comunidad musulmana y al fortalecimiento de la cohesión social, puesto que evitaría a muchos musulmanes tener que elegir entre la lealtad a sus normas religiosas o a las emanadas del Parlamento británico. Con su disertación, el arzobispo pretendía iniciar un debate sobre los nuevos aspectos de la libertad religiosa y anticipar propuestas para la integración de las comunidades religiosas, pero no pudo evitar que se desatara una auténtica tormenta mediática a nivel internacional. Su propuesta obtuvo el rechazo prácticamente unánime de todas las fuerzas políticas de su país y del resto de los países de su entorno, que rechazaron cualquier posibilidad de que la ley islámica tuviera algún tipo de encaje en el sistema judicial británico, por mucho que su idea pretendiera ser una medida integradora.

En su propuesta, el arzobispo se planteaba cómo podría introducirse la sharía en la legislación británica. La creación de tribunales de arbitraje religioso permitiría a los musulmanes “elegir libremente la jurisdicción bajo la que desean resolver determinados asuntos cuidadosamente especificados”, como “cuestiones de derecho marital o la regulación de transacciones financieras” (Williams,

2008: 274). Esta idea fue respaldada más tarde por una alta autoridad judicial, lord Nicholas Phillips, chief justice de Inglaterra y Gales, durante un discurso pronunciado ante cientos de musulmanes que se habían congregado en la mezquita de Whitechapel. Para lord Phillips, el reconocimiento de ciertos aspectos de la sharía en el sistema jurídico británico podía ayudar a la integración y mejora de las relaciones de la comunidad musulmana con el resto de la sociedad británica, por lo que no consideraba que “los principios de la sharía o de cualquier otro código religioso no puedan ser utilizados para la base de la mediación u otras formas alternativas de resolución de disputas” (Phillips, 2010: 317).

Aunque de manera informal, en la comunidad musulmana de Gran Bretaña ya existía desde hacía años una jurisdicción propia y autoconfeccionada de tribunales creados para la resolución de disputas familiares entre sus miembros. La polémica surgió porque en la sociedad británica había un desconocimiento sobre su existencia. No así, en cambio, sobre los tribunales rabínicos, que disfrutaban de una tradición histórica y centenaria, como se apresuraron a señalar desde el Consejo Musulmán de Gran Bretaña, intentando con ello demostrar un agravio comparativo. Desde hacía tiempo, la comunidad musulmana había logrado gestionar un sistema privado de resolución de conflictos de una manera estrictamente informal, sobre todo gracias a las peculiaridades del common law o derecho común inglés¹³, actuando siempre bajo el amparo de lo que les permitía la legislación sobre arbitraje de 1996. Poco a poco, gracias a su popularidad entre la comunidad musulmana, estos tribunales se fueron consolidando y obtuvieron el reconocimiento jurídico de su actividad de una manera inesperada. En 1995 lord Woolf, por entonces chief justice de Inglaterra y Gales, publicó un informe jurídico en el que recomendaba la aprobación de una serie de medidas tendentes a dotar de mayor fuerza vinculante a las decisiones arbitrales mediante de penalizaciones económicas a quienes de forma injustificada se resistieran al acuerdo (Woolf, 1995). El objetivo del informe era reformar la ley británica sobre arbitraje para otorgar mayor protagonismo a estas formas alternativas de resolución de conflictos¹⁴, lo que indirectamente acabó ayudando a la consolidación de los ahora conocidos como Muslim Arbitration Tribunals (MAT).

Concretamente, gracias a que en el informe no se puso ningún impedimento a que el proceso pudiera someterse a reglas o leyes que no fueran las británicas o a que pudiera estar dirigido por un árbitro o mediador de cualquier institución religiosa. De este modo, los tribunales de arbitraje religioso han podido funcionar en Reino Unido¹⁵.

La aparición de los primeros tribunales islámicos en Gran Bretaña se remonta a principios de los años ochenta (Menski y Pearl, 1998: 74-80), cuando ya gran parte de su actividad se relacionaba con cuestiones matrimoniales. La mayoría de sus decisiones se tomaron para emitir divorcios para mujeres musulmanas, aunque también comenzaron a tomar parte en la resolución de disputas financieras, casos de violencia doméstica y otras cuestiones religiosas (Bano, 2007; Douglas et al., 2011). Por lo general, estos tribunales se constituyeron sobre las diferentes versiones del islam presentes en Gran Bretaña, como los Barelwi, Deobandi o salafistas y varios grupos chiíes¹⁶, y mantenían una relación permanente con su correspondiente mezquita, a la que remitían los asuntos que no eran capaces de manejar. Con el tiempo, los tribunales se fueron perfeccionando y formalizando con procedimientos, formularios, registros, páginas web y una estructura de ulemas que se consultaban entre sí y a veces utilizaban los métodos interpretativos de la madhhab¹⁷, lo que les otorgó una mayor profesionalidad. La presencia cada vez más estructurada de estos tribunales les concedió mayor notoriedad y accesibilidad, no solo por ser una opción a la que se podía acudir de forma voluntaria, sino por los bajos costes procesales que suponían para las partes, mucho menores que los que se generaban con los abogados y tribunales ordinarios. Pero su éxito se debía, sobre todo, a que los musulmanes percibían que en ellos sus problemas iban a ser mejor comprendidos y resueltos, algo especialmente evidente en los casos de matrimonios religiosos que no habían sido formalmente registrados y, por lo tanto, no estaban legalmente validados; o cuando se pretendía hacer valer alguna figura del derecho islámico cuya vinculación no era reconocida por el derecho ordinario, pero cuya validez era importante para las partes. En definitiva, el aumento de la actividad de los tribunales religiosos se debió, principalmente, a que muchas cuestiones relacionadas con el derecho de familia se realizaban lejos de la órbita del ordenamiento jurídico británico,

bien porque se tratara de inmigrantes cuya situación familiar se había resuelto en el país de origen y no había sido válidamente reconocida por las autoridades británicas, bien porque se trataba de cuestiones familiares que se habían resuelto dentro de la misma comunidad musulmana en Reino Unido conforme a una interpretación del derecho islámico.

Las decisiones de los MAT eran, en definitiva, resoluciones tomadas por unas instituciones de carácter informal constituidas en torno a congregaciones y mezquitas para resolver las pequeñas disputas de sus comunidades. Como no eran decisiones jurídicamente vinculantes en Reino Unido, la obligatoriedad de su cumplimiento solo podía ser efectiva por la disposición de las partes a someterse voluntariamente a las decisiones de estos tribunales. En teoría, ninguna de sus decisiones que afectara a cuestiones de derecho de familia podía contravenir el derecho británico. En la práctica, la actividad de los MAT intentó siempre ceñirse a los límites marcados por la legislación británica sobre arbitraje y mediación, aunque cabe decir que al principio sus intenciones tuvieron aspiraciones más elevadas, como ampliar su legitimidad más allá de los límites de la legislación, amparándose en el derecho a la libertad religiosa, o realizar una interpretación más amplia del derecho a la tutela judicial efectiva que incluyera las formas alternativas de resolución de las diputas. Todo ello estaba encaminado a evitar la intromisión del Estado en su actividad. No obstante, la experiencia reciente de las comunidades musulmanas las ha llevado a adoptar un perfil bajo, por lo que la actividad de los MAT ha evitado en todo momento entrar en conflicto con el Estado, para dejar claro que no pretenden promover un sistema judicial paralelo¹⁸.

El arbitraje y los mecanismos alternativos

de resolución de conflictos

La cobertura mediática ofrecida tanto para el caso británico como el canadiense no ayudó, como era de esperar, a la formación de los tribunales de arbitraje religioso. Pero no debe sorprendernos, si tenemos en cuenta el tratamiento que siempre se ha dado en los medios a cualquier cuestión relacionada con el islam. Suele ser habitual, sobre todo entre los medios más sensacionalistas, tratar las cuestiones ligadas al islam como una amenaza externa a los valores occidentales y mostrar su relación con el mundo occidental como un choque civilizatorio (Huntington, 2005) entre una sociedad moderna e ilustrada y otra tradicional y despiadada. En los casos británico y canadiense, los titulares de la cobertura mediática sembraban constantemente el miedo y alertaban de los peligros del islam, de la amenaza que supondría la presencia de la sharía para las propias bases de la civilización occidental y del riesgo de perder los valores que con tanto esfuerzo se habían conquistado. Todo ello alimentó un episodio de “pánico moral”¹⁹.

En el caso canadiense —y de modo parecido en el británico—, las imágenes orientalistas sobre el islam fueron un material recurrente para quienes se opusieron al reconocimiento de la sharía en los procesos de arbitraje. Desde los atentados de Nueva York, Madrid y Londres, la estigmatización del islam ha cambiado por completo la percepción que tiene la sociedad occidental del mundo musulmán. Las referencias al derecho islámico evocan oscuras imágenes sobre lapidaciones, mutilaciones genitales, divorcios por repudio, matrimonios poligámicos, crímenes de honor y vuelta a las leyes del talión. La sharía tiene connotaciones emocionales profundamente arraigadas en la conciencia social occidental que la mayoría de las veces se relacionan con la violencia y la barbarie. Este tipo de prejuicios estuvieron muy presentes en los debates británicos y canadienses sobre el tema y fueron la razón principal del temor a

que ese tipo de prácticas “amparadas” por la ley islámica pudieran llevarse a cabo dentro de la propia sociedad. El anuncio de la creación de los tribunales de sharía desató de inmediato una fuerte oposición en los medios alimentada por el recuerdo de antiguos titulares sobre sentencias a muerte por lapidación²⁰ o crímenes de honor²¹. No fue extraño, por tanto, que empezara a experimentarse una creciente hostilidad hacia la comunidad musulmana entre grandes segmentos de la sociedad. En concreto, en Canadá se desarrolló una fuerte oposición por parte de varios grupos de mujeres²², asociaciones jurídicas y de musulmanes progresistas, como el Muslim Canadian Congress. Entre todos ellos existía un consenso generalizado sobre cuáles eran los peligros de un inminente reconocimiento de la sharía y cuál debía ser la solución, que pasaba irremediabilmente por la negación de su validez y su prohibición.

Al frente del lobby feminista (Razack, 2007: 9) se encontraba una asociación de mujeres musulmanas de origen iraní que, huyendo de su país, se habían instalado hacía tiempo en Canadá²³. Este grupo llevó a cabo una importante campaña internacional con la que trataron de alertar de los peligros de la sharía al resto de los países occidentales²⁴. Otras asociaciones feministas, como The National Association of Women and the Law, el Canadian Council of Muslim Women y la National Organization of Immigrant and Visible Minority Women of Canada, se unieron también a las manifestaciones en contra del reconocimiento de la sharía. Las principales objeciones al reconocimiento de la sharía fueron el miedo a ver desprotegidas a las mujeres musulmanas y a los otros miembros más vulnerables de la comunidad. Debían protegerles de las normas de la sharía para evitar que sus derechos se vieran mermados si se permitía reproducir las mismas desigualdades de sus culturas de origen en los procesos locales de arbitraje. En opinión de estas asociaciones, si se admitía la aplicación de normas religiosas en los procesos privados de resolución de conflictos, un amplio espectro de la sociedad quedaría fuera de la tutela del Estado de derecho.

Aparte de estas críticas, hubo también otras muchas provenientes de la comunidad musulmana canadiense que ayudaron a reforzar los argumentos en contra del reconocimiento de los tribunales de

arbitraje religioso. En este sentido, la oposición más importante la ejerció el Muslim Canadian Congress²⁵, sobre todo a través de Tarek Fatah (2008), uno de sus fundadores. Los musulmanes progresistas temían que el reconocimiento de la sharía incrementaría el tradicionalismo religioso e impulsaría una sociedad paralela en la que se toleraría la aplicación de normas claramente desfavorables hacia las mujeres, instaurando así un verdadero “apartheid de género”. Toda la polvareda levantada por la polémica sacó a relucir las importantes deficiencias de la ley de arbitraje de Ontario, una norma originariamente diseñada para su aplicación en asuntos comerciales, pero cuya falta de precisión la convirtió en una plataforma para el diseño ad hoc de una jurisdicción alternativa.

Por otro lado, en Reino Unido, a pesar de la gran aceptación de los MAT entre los musulmanes y de su normal funcionamiento, cuando la prensa se hizo eco de las palabras del arzobispo y el tema de los tribunales religiosos adquirió relevancia mediática, la presencia tan cercana de la sharía se tornó inquietante para la sociedad británica. La gente comenzó a expresar su preocupación por que una ley tan arcana como la sharía pudiera tener cabida en una sociedad civilizada o que, si se permitía su aplicación, el fundamentalismo acabaría instaurando un sistema legal paralelo y discriminatorio en el país. Como consecuencia de la reacción social, el Parlamento británico tramitó un proyecto de ley²⁶, el Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill [HL Bill] 2014-15²⁷, con el que se pretendía excluir del arbitraje las cuestiones relativas al derecho penal y de familia. También se incluía una serie de garantías igualitarias en los procesos de arbitraje y mediación. La propuesta, en principio, parecía un claro intento de hacer frente a la amenaza que suponía para gran parte de la opinión pública la existencia de los tribunales islámicos. Entre sus promotores se contaba el think tank Civitas²⁸, la autoría de cuyo informe se atribuye a Denis MacEoin, un novelista y experto en estudios islámicos conocido por defender una postura muy conservadora frente a la presencia del islam en Occidente. Las conclusiones del informe mostraban un claro rechazo²⁹ al reconocimiento de las normas jurídicas islámicas en los procesos de arbitraje y mediación, ya que eso supondría reconocer la validez de la sharía en el ordenamiento judicial británico y la coexistencia de dos sistemas jurídicos incompatibles entre sí.

Según el informe Civitas³⁰, la sharía contenía elementos que se encontraban “fuera de sintonía con las tendencias legislativas occidentales que se derivan de la Ilustración y que son inherentes a las normas actuales sobre los derechos humanos” (MacEoin, 2009: 11). Resultaba imposible imaginar que un cuerpo legislativo tan anacrónico y contrario a los derechos y principios occidentales pudiera tener cabida en una sociedad democrática. Por eso, aunque los MAT se hubieran esforzado por actuar bajo el amparo y los límites establecidos por la legislación sobre arbitraje, esta sumisión legislativa no podía ofrecer garantías suficientes para evitar que sus normas entraran en conflicto con las leyes británicas ni tampoco podía asegurar que todos los tribunales islámicos operarían bajo ella. De hecho, existían evidencias de que algunos tribunales habían estado interviniendo al margen de las mezquitas y con criterios cuestionables de legalidad, fuera del alcance y control de los poderes públicos. Esta circunstancia demostraba que esos tribunales clandestinos, si bien no tenían reconocida una autoridad legal, sí tenían capacidad de ejercer algún tipo de autoridad moral sobre miembros concretos de la comunidad musulmana. Por mucho que lo pretendieran las autoridades británicas, no existía la garantía de que un tribunal religioso que quisiera operar dentro de la legalidad sobre el arbitraje lo hiciera respetando íntegramente los principios y derechos básicos de la legislación británica, pues la autoridad con la que actuaban y hacían valer sus decisiones escapaba al control del Estado. Con esa falta de control se corría el riesgo de que en Reino Unido se acabase estableciendo de facto un sistema legal dual que mantendría “a los musulmanes y a los no musulmanes bajo estándares legales diferentes” (MacEoin, 2009: 73). Por eso, para Civitas, el reconocimiento de los tribunales de sharía no podía ser una cuestión equiparable a la aceptación de la comida halal en los espacios educativos o a la validez legal de un matrimonio celebrado por el rito islámico. La discusión sobre el reconocimiento de los tribunales islámicos afectaba a los derechos y libertades de las personas, ya que se permitiría la aplicación de normas diferentes a los individuos según su adscripción cultural o religiosa, dando lugar a situaciones de desigualdad dentro de una misma sociedad. La única forma de evitarlo era seguir apostando por la existencia de “una misma ley para todos” que, al no distinguir entre individuos según su adscripción cultural, no provocaría desigualdades.

En la actualidad, los medios británicos siguen sin ser particularmente objetivos y la prensa sensacionalista sigue dando pábulo a infinidad de noticias recurrentes³¹ sobre los velos integrales, los matrimonios forzados, las “patrullas de la sharía”³² o la segregación de género, lo que sin duda sigue despertando un gran interés mediático. Tampoco han ayudado las exageraciones vertidas por algunos sectores académicos que alertan sobre las “sofisticadas” formas con que los musulmanes intentan introducir la sharía, aprovechando³³ los recovecos constitucionales abiertos por el principio de la libertad religiosa (Witte y Nichols, 2010: 127). En Canadá, aunque con mayor moderación, la referencia a sujetos inintegrables suele ser recurrente en la prensa gracias a episodios lamentables como el asalto al Parlamento de Ottawa³⁴, el atropello de dos soldados y la muerte de uno de ellos en un pueblo de Quebec³⁵, o la desarticulación en 2006 de una célula yihadista integrada por musulmanes canadienses de segunda generación que pretendían atentar en Toronto³⁶. En una encuesta reciente³⁷, la mayoría de los canadienses estaba de acuerdo con que el multiculturalismo contribuía a la cohesión social del país, tenía un impacto positivo sobre las minorías étnicas y religiosas y hacía más fácil la asimilación de los valores canadienses entre los inmigrantes. Sin embargo, tres de cada cuatro canadienses opinaban que existían algunas expresiones religiosas que no debían ser amparadas por las políticas multiculturales por ser incompatibles con los valores canadienses. Muchas de esas expresiones estaban relacionadas con la comunidad musulmana, como el uso del hiyab, el burka o la aplicación de ley islámica. A pesar de la gran aceptación del multiculturalismo entre los canadienses, de los resultados de la encuesta se desprendía la paradoja de que, en la práctica, algunas expresiones religiosas no parecían ser aceptadas por los ciudadanos encuestados. Casi la mitad de ellos opinaba que el Gobierno debería desalentar la visibilidad pública de esas prácticas exigiendo el cumplimiento de la ley, aunque también para un quince por ciento era necesario educar a los inmigrantes sobre las incompatibilidades de algunas de sus prácticas con los valores canadienses. Finalmente, un doce por ciento de los encuestados pensaba que esas prácticas se deberían prohibir directamente por ley.

Con los titulares anteriores, la visión que se daba de los musulmanes en Canadá y Reino Unido era la de unas comunidades

difíciles de integrar en la sociedad occidental que, además, mostraban poco interés en ello. Afortunadamente, las evidencias empíricas suelen demostrar lo contrario³⁸, pero entonces hay que preguntarse por qué se genera la percepción contraria y se habla siempre del “excepcionalismo musulmán” en relación con las políticas de integración (Kazemipur, 2014: 4-5). Lo mismo cabe decir con respecto al multiculturalismo. Hace treinta años el multiculturalismo surgió como el paradigma de moda que venía a resolver los problemas identitarios de las sociedades modernas. Sin embargo, hoy en día todo el mundo considera al multiculturalismo como el origen del problema y se ha convertido en el arma arrojadiza de la retórica política (Malik, 2015). En Reino Unido, una encuesta anual, la "British Social Attitudes" (BSA), elaborada por la NatCen Social Research³⁹ en 2003, mostraba que un 48 por ciento de los británicos sentían amenazada su identidad por el incremento de la población musulmana; en 2013 esa preocupación había subido al 62 por ciento⁴⁰. Esta preocupación se debía a la percepción que tienen los británicos de los musulmanes, a quienes ven como una amenaza a sus valores por su tendencia a concentrarse en comunidades cerradas donde acaban reproduciendo y perpetuando las prácticas más conservadoras del islam. Esto es, en parte, cierto⁴¹, pero la razón no es que los musulmanes sean de por sí más conservadores que el resto de la población británica, sino porque disponen de menos oportunidades y recursos económicos para escapar de los enclaves en los que quedan atrapados (Wallace Goodman, 2014: 239)⁴². El problema de la integración de los musulmanes, por tanto, se debe más a un problema de desafección que a una falta de compatibilidad del islam con los valores occidentales⁴³. La falta de oportunidades en el mercado laboral, junto con la escasez de recursos económicos, terminan alienando a los musulmanes, cuyo grado de integración se ve condicionado por causas externas que afectan a sus expectativas y oportunidades y generan problemas intracomunitarios⁴⁴.

El caso canadiense es parecido. La falta de integración de algunos musulmanes tiene que ver más con expectativas socioeconómicas no cubiertas que con una especial predisposición a aislarse del resto de la sociedad por cuestiones culturales. No ayuda tampoco que el resto de la ciudadanía suela sospechar de las intenciones o ideas de cualquier musulmán, sobre todo si proceden de lugares con un

fuerte conflicto social, lo que suele identificarse con posiciones más fundamentalistas. También es cierto que el origen de muchos movimientos migratorios desde países musulmanes se produce por la inestabilidad social y la existencia de conflictos, y que para muchos musulmanes forzados a emigrar la responsabilidad de su situación se debe en gran parte a la actitud de los países occidentales hacia sus lugares de origen. El problema, por tanto, de la relación entre los musulmanes y sus nuevos conciudadanos se debe fundamentalmente a una falta de confianza mutua. Esta falta de confianza afecta al grado de integración de los musulmanes y al escaso interés de algunos de ellos por interactuar con el resto de ciudadanos⁴⁵. No es de extrañar, pues, que esta situación se traslade a la opinión de los canadienses sobre los musulmanes asentados en el país y que muchos de ellos prefieran relacionarse con quienes sus orígenes no sean musulmanes. Este distanciamiento acaba afectando al escaso sentido de pertenencia de la mayoría de los musulmanes. Debido a esta desconfianza, los musulmanes muestran poca voluntad de integración en la sociedad canadiense. Esta situación se produce sobre todo en la región de Quebec, donde un 60 por ciento de los musulmanes no está de acuerdo con que los inmigrantes deban dejar de lado sus orígenes culturales y tengan que mezclarse con la cultura canadiense, mientras que en el resto de Canadá es un 36 por ciento de los musulmanes el que se oponen a la asimilación⁴⁶.

Lamentablemente, las percepciones que alimentan todas estas opiniones están fundadas en realidad en ideas preconcebidas sobre los inmigrantes musulmanes. En el mundo académico, por ejemplo, existe una opinión generalizada que sostiene que, para comprender a las comunidades musulmanas contemporáneas, es necesario entender la estructura de creencias y tradiciones que se constituyeron con el islam. Pero la cuestión islámica muchas veces se aborda desde perspectivas preconcebidas sobre los condicionantes religiosos inherentes a los musulmanes y sobre su papel en la determinación de su comportamiento, lo que induce a una percepción errónea de los miembros de la comunidad. Muchas veces se da a entender que las comunidades musulmanas están imbuidas de un orden social o una “constitución implícita”⁴⁷ (Gellner, 1983: 1) inevitable y determinista que hace imposible su compatibilidad con la modernidad y el modelo social occidental.

Esta idea se sostiene básicamente sobre dos premisas: la primera, que en el mundo musulmán el pasado está siempre vigente y es mucho más determinante que las condiciones actuales; y segundo, que el carácter de las sociedades musulmanas se estableció en un determinado periodo del pasado que configuró su orden político y social y que sigue guiando aún a la comunidad musulmana. Presuntamente, el pasado sigue ejerciendo un férreo control sobre la comunidad musulmana, de manera que cualquier cambio político, social o tecnológico se ve bloqueado por su inmovilismo. Es decir, para los musulmanes de hoy, un pasado remoto sin ninguna posibilidad de evolución es lo que determina su percepción de las cuestiones fundamentales de la actualidad. Por tanto, debido al determinismo que ejerce el pasado en la conciencia política y social de los musulmanes, es imposible que los inmigrantes musulmanes puedan integrarse en una sociedad cuyos valores no se corresponden con ese sistema heredado. La historia del mundo musulmán sería, pues, una historia que se repite constantemente y sin evolución, resistiéndose a los posibles cambios y adaptaciones de las sociedades complejas actuales, por lo que es imposible que desarrollen algún tipo de lealtad hacia los principios democráticos modernos.

Con esta clase de ideas deterministas sobre los musulmanes lo único que se consigue es simplificar y caricaturizar el islam como identidad cultural, ignorando su evolución como parte de un complejo proceso histórico. Si se permite que la integración de los musulmanes se señale como una excepción a la regla, como una incapacidad inherente, los discursos en contra de su aceptación se ven legitimados para desplazar la responsabilidad de su integración hacia los propios inmigrantes musulmanes. Esto no solo simplifica de forma grotesca un problema de gran complejidad, sino que elimina cualquier posibilidad de que la sociedad de acogida asuma cierta responsabilidad moral por ello. En las sociedades democráticas contemporáneas, señalar social y políticamente a los musulmanes y al islam como el otro peligroso no es una novedad, más aún en el contexto político actual. El fundamento ideológico del choque civilizatorio hace tiempo que domina una parte importante del pensamiento político y académico. Lo que sí es sorprendente es que, cada vez que se da un episodio de pánico moral, no se trate de examinar el problema desde otra perspectiva.

Es más fácil trasladar la responsabilidad hacia afuera que revisar las políticas de integración y de reconocimiento de la diversidad cultural.

Simplificar un problema sociopolítico tan complejo resulta poco útil y es tremendamente peligroso en el momento en que ese prejuicio comienza a influir en las políticas públicas. La idea del “excepcionalismo musulmán” ha acabado influyendo en muchos de los debates europeos y norteamericanos, afectando a cuestiones como la laicidad, el equilibrio entre las libertades civiles y las medidas de seguridad, y el multiculturalismo (Cesari, 2010: 15). En este último caso, aunque las críticas hacia el multiculturalismo vienen siendo constantes desde su propio nacimiento en la década de los setenta, en los últimos años se han intensificado, colocando a los musulmanes en el centro del debate: “Los musulmanes se han convertido en objetivo central de los debates sobre los méritos y deméritos del multiculturalismo como política pública” (Modood, 2013: 4). En muchos países, la oposición al multiculturalismo ha sido proporcional al tamaño de su población musulmana inmigrada (Kymlicka, 2005), pero para mantener la corrección política, las críticas a la población musulmana se hacen a través de las críticas al propio multiculturalismo⁴⁸ (Appiah & Gutmann, 1996: 6).

Tendencias a la privatización de la justicia

Hoy, más que nunca, estamos viendo la rápida transformación que están sufriendo las relaciones sociales a nivel global. Las minorías étnicas y las lealtades culturales son cada vez más fluidas y objeto de crecientes cambios e influencias promovidos por factores externos tan poderosos como los procesos de globalización. Los Estados no son ajenos a esta tendencia. Cada vez son más variados los marcos de referencia identitaria a los que acuden los ciudadanos de unos Estados en constante proceso de diversificación cultural. Irremediablemente, las relaciones sociales se mueven cada vez más por encima de las clásicas fronteras territoriales, transformando por completo el antiguo monopolio del poder de los Estados a través de estructuras centralizadas de dominio como, en este caso, el derecho o la función jurisdiccional. Desde hace décadas, uno de los principales impulsores de la desestatalización de las relaciones sociales ha sido el proceso de globalización económica y la configuración de un “mercado global”, pero esos cambios han afectado también a muchos aspectos de la vida social, política y cultural. Estas nuevas tendencias han creado nuevas formas y procesos legislativos que superan los confines geopolíticos del Estado y han generado una suerte de *lex mercatoria*, que representaría el ejemplo más exitoso de una norma global sin Estado (Teubner, 1997: 3). Una de las situaciones más comunes que empezó a darse en el ámbito de la economía global fue que, a falta de una única normativa sobre cuestiones comerciales, las partes implicadas en una transacción debían resolver las disputas recurriendo a sistemas alternativos de resolución de conflictos (en adelante, ADR)⁴⁹. De este modo, el uso de ADR como el arbitraje o la mediación se popularizó para la resolución de conflictos en materia comercial frente al proceso judicial tradicional⁵⁰. Su uso no tardó en extenderse a otros ámbitos civiles, como los de familia. Las razones para la popularización de estos mecanismos fueron varias, pero sobre todo destaca su menor coste y la rapidez con que se suele llegar a un acuerdo sobre la disputa. Por otro lado, destaca

también la privacidad o confidencialidad con que se celebra el proceso, que no suele trascender más allá de las partes implicadas. El éxito de los ADR se debió, pues, tanto a su eficacia y eficiencia como a su discreción.

Como hemos visto, en torno a los debates sobre la sharía hay muchas otras cuestiones implicadas, pero de todas ellas la más importante ha sido la progresiva privatización de algunas funciones regulativas o judicativas del Estado, una tendencia que fue aprovechada por algunas minorías etnorreligiosas para recurrir a formas alternativas de resolución de conflictos. Al igual que en las transacciones comerciales, algunas minorías comprobaron que la legislación sobre arbitraje y mediación les otorgaba un amplio margen de autonomía y control sobre el proceso, ya que su flexibilidad y carácter voluntario permite a las partes configurarlo “a medida”. Por otro lado, esta posibilidad resultaba también atractiva para aquellas personas que tenían interés en resolver sus disputas conforme a una serie de reglas cuya fuerza vinculante, pese a no ser reconocida por el Estado, resulta incuestionable en el seno de la comunidad a la que pertenecen. De este modo, las partes implicadas conseguían resolver sus disputas conforme a unas reglas interiorizadas por su adscripción grupal y, a la vez, lograban fortalecer los lazos comunitarios, ya que las prácticas y normas implicadas en la mediación se consideran fundamentales para definir y legitimar a la comunidad. Las partes conseguían que las disputas no trascendieran más allá del ámbito comunitario y se generasen ciertos mecanismos internos de autorregulación. Se conseguía, en definitiva, que ciertas competencias tradicionalmente reservadas al Estado, como es la función jurisdiccional, fuesen privatizadas y se dejara su funcionamiento en manos de los miembros de la comunidad. Esto no significa que el Estado conceda esas funciones de iure a una minoría étnica concreta, sino que los miembros de algunas minorías intentan crear de facto, mediante las continuas invocaciones a sus normas culturales, una dinámica autorreguladora. La disposición o interés de ciertas minorías a obtener el reconocimiento jurídico de las normas fundamentales para su funcionamiento comunitario supone, en la medida en que se logre, una privatización de la justicia por cuestiones identitarias (Gaudreault-DesBiens, 2005). Con ello, las partes involucradas en un litigio obtendrían una resolución acotada a sus propios marcos

de referencia normativa, es decir, a las particularidades y contextos en que ellos mismos se desenvuelven. Pero todo beneficio tiene también costes asociados. En primer lugar, la falta de escrutinio público puede, a la larga, afectar la propia base de la democracia (Farrow, 2014). Sin la existencia de un proceso público y abierto, sin la publicación de las sentencias y sus precedentes o el uso de la jurisprudencia como referente para la justicia material⁵¹, se corre el peligro de que las partes con mayor poder de influencia terminen monopolizando el sistema y afectando a la propia base del principio de tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso justo. Pero no es solo eso. En las democracias contemporáneas, donde el derecho proviene tanto de la actividad legislativa como de la judicial, la actividad judicial es crucial como herramienta para la ordenación de una sociedad. Cuando se logra resolver judicialmente un caso individual, la forma de su resolución ayuda a comprender la realidad social, crea pautas de actuación y sirve como referencia para el comportamiento colectivo. De este modo la jurisprudencia se establece también como fuente indirecta del derecho⁵². Y si las decisiones se toman dentro de un proceso público, su transparencia y supervisión aseguran que se siga respetando el imperio de la ley. Por el contrario, si se tiende a privatizar la actividad judicial y, con ello, una de las principales fuentes complementarias de la producción legislativa queda oculta, la falta de publicidad y de escrutinio público afectará a las garantías del proceso, pues se impedirá comprobar el grado de creatividad de los tribunales para adaptar el derecho a la realidad social (Farrow, 2006: 16).

En los debates sobre la sharía no nos enfrentamos simplemente al dilema de prohibir o no la existencia de tribunales religiosos. La verdadera cuestión radica en la posibilidad de que parte de las competencias jurisdiccionales sean asumidas por las comunidades religiosas y que, actuando bajo mecanismos privados de resolución de conflictos, su actividad quede fuera del escrutinio público. El problema no es, pues, el reconocimiento estatal de la validez de una norma o práctica cultural, ya que el carácter vinculante de una norma no siempre requiere de una sanción de los poderes públicos⁵³. El reconocimiento público de una norma no siempre le concede obligatoriedad, ya que muchas veces, y más aún cuando hablamos de una norma cultural, dependerá de que el individuo la interiorice como tal. Por eso la prohibición de los tribunales de

sharía no sería una medida definitiva contra la existencia de la ley islámica en Canadá, Gran Bretaña o cualquier otro país occidental, porque a pesar de no haber sido reconocida públicamente su validez, sus normas seguirían siendo válidas dentro de la comunidad, aunque de una manera clandestina. Este es el motivo por el que es virtualmente imposible acabar con la validez de la sharía como norma cultural simplemente mediante la prohibición de que sea invocada a través de los ADR. Se reconozcan jurídicamente o no las normas culturales o religiosas, existen otros problemas que no dependen de ello. La mera presencia de comunidades culturales con una adscripción normativa fuerte ya está cambiando la realidad normativa del Estado y multiplicando de hecho las fuentes de autoridad en su seno. Precisamente porque no se puede frenar la realidad plurinormativa de la sociedad global y su influencia en las democracias actuales, los esfuerzos de los poderes públicos no deberían malgastarse en intentar frenar el reconocimiento de esas normas, sino atender a los efectos que puedan tener sobre sus instituciones y ciudadanos y a la manera de compensarlos, sobre todo en el caso de aquellos cuya lealtad está dividida entre la sociedad en la que viven y la comunidad a la que pertenecen.

Sin la debida vigilancia sobre el proceso y la decisión resultante no hay modo de asegurar que no vayan a verse afectados los derechos individuales de las partes involucradas. Los sectores sociales más vulnerables podrían quedar expuestos a la discriminación por una excesiva confianza en la autorregulación de las innovaciones procesales y por falta de diligencia judicial. No está asegurado que quienes acudan a estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos lo hagan de forma totalmente voluntaria, por lo que podrían plantearse casos en los que quedara seriamente cuestionado el consentimiento de las partes. El grado de coacción que se puede ejercer en el seno de las minorías etnoculturales puede llegar a ser mayor que en la sociedad principal. Esta circunstancia nos plantea el grado de protección que pueda otorgarse a las minorías étnicas, a sus prácticas y normas, para no ser asimilados por la cultura mayoritaria. El celo cultural de este tipo de minorías suele traducirse en un mayor control sobre el cumplimiento de las prácticas y convenciones más significativas por parte de sus miembros, lo que limita el grado de autonomía de estos. De esta

manera, la cultura puede acabar convirtiéndose en un límite a la propia voluntad del individuo (Phillips, 2007: 108). Si esos límites afectan en mayor proporción a un sector importante de la comunidad, como son las mujeres, entonces no solo estamos hablando de prácticas que pueden llegar a limitar derechos, sino también fomentar desigualdades. Pero esta es una cuestión difícil de descifrar, pues no hay una manera clara de saber si quien acude a estos mecanismos de mediación lo hace sin presiones comunitarias.

Una de las principales preocupaciones en los debates sobre la sharía en Occidente se refería precisamente a este asunto. Dejar en manos de una comunidad religiosa la capacidad de aplicar normas e interpretarlas sin la debida vigilancia estatal y protección de las partes podría poner en peligro los derechos de las mujeres y los niños. Los críticos presumían que, a pesar de que el sometimiento a los tribunales de arbitraje es de carácter voluntario, no puede asegurarse que los sectores más vulnerables de una comunidad se hayan acogido a ellos mediante una elección totalmente libre. Esta duda se debe a que las desigualdades sociales propias de las comunidades más tradicionales pueden verse reproducidas en la mediación, transmitiendo de paso la sensación de que los poderes públicos se desentienden de lo que ocurra en la esfera privada⁵⁴. Por eso, y debido a que en ese tipo de grupos la mayor parte de las funciones de mantenimiento y preservación de la identidad comunitaria recae sobre las mujeres, el control sobre las normas que afectan al derecho de familia es crucial y exigen una debida atención. La discriminación de género en el derecho de familia tiene consecuencias estructurales sobre la igualdad de las mujeres y su capacidad para poder ejercer derechos específicos.

Pero esta postura proteccionista también tiene sus críticas. El propio arzobispo de Canterbury señaló en su discurso que en la actualidad existe una idea equivocada sobre la universalidad de las normas jurídicas. No se estarían considerando las circunstancias personales de los individuos, concibiéndolos simplemente como poseedores de un conjunto de derechos y libertades abstractos desvinculados de las costumbres y convicciones de quienes componen en la actualidad nuestras plurales y complejas sociedades (Williams, 2008: 273-274). Por eso, en los debates sobre la sharía, el principal problema habría sido el no haber considerado la opinión de las

propias mujeres musulmanas y haber presupuesto que su condición desigual dentro de la comunidad determinaba su incapacidad para expresar una verdadera voluntad. Las críticas contra los tribunales de sharía no habrían considerado, por tanto, la propia decisión de las mujeres musulmanas de someterse a estos tribunales por cuestiones identitarias, por mucho que objetivamente pudieran verse afectados sus derechos. Lo importante para ellas era la certeza de que, acudiendo a estos tribunales, podían resolver sus disputas familiares cumpliendo con las normas religiosas a las que voluntariamente se habían adherido, sin tener que acudir a otros que las habrían rechazado y que simplemente habrían aplicado un tipo de leyes que, a su juicio, ignoran sus creencias. Hay que tener en cuenta que, para muchas personas, es importante poder acudir a tribunales que apliquen las normas en las que, sin importarles que desde fuera parezca que les pueden perjudicar. En todo caso, al final se tratará de una decisión tomada con plena autonomía y como expresión de la propia libertad religiosa. Según esto, la autonomía individual debería ser la última fuente de legitimidad de las normas invocadas (Raday, 2003: 715-716).

Es importante recordar que la creciente privatización de algunas funciones regulativas del Estado se ha visto acentuada por el impulso que se ha querido dar a la libertad de elección y a la autonomía de las partes en los procesos de resolución de conflictos. En los debates sobre los tribunales de arbitraje religioso, quienes se postularon a favor de estos órganos podían justificar razonablemente sus propuestas apelando a esta tendencia y haciendo suyas las razones de eficacia y eficiencia de estos mecanismos, así como el amplio margen de elección y autonomía de las partes para configurar libremente el proceso conforme a las normas que creyeran oportunas. El hecho de que una de las principales preocupaciones fuera que la normativa religiosa aplicable pudiera ser desfavorable a las mujeres no constituía una razón suficiente, a menos que se considerase a estas como la parte más débil del proceso. Por lo demás, la utilización de estos mecanismos por parte de las comunidades religiosas puede ser considerada una práctica completamente racional, ya que fue el propio Estado el que desarrolló el marco regulador bajo el que han operado. Tiene más sentido pensar que los poderes públicos no se imaginaron hasta dónde evolucionaría esa tendencia. Los tribunales de arbitraje

religioso que se crearon en la provincia de Ontario intentaron operar bajo una normativa que, en principio, no establecía ningún impedimento para su funcionamiento. Solo cuando se fijó el límite expreso de la ley canadiense como única normativa aplicable fue cuando se impidió de hecho la aplicación de normas religiosas bajo la ley de arbitraje⁵⁵.

Esta preocupación ante la evolución de los hechos fue lo que provocó la reacción de los poderes públicos. La pregunta que cabe plantearse entonces es cuál fue la motivación del cambio de opinión del Estado a este respecto. Si hasta entonces al Estado le interesaba dejar un amplio margen de autorregulación privada entre las partes interesadas, tanto por motivos de eficacia y eficiencia como por razones de desregularización, ¿por qué solo cuando se proyectó el uso organizado de los ADR por parte de las comunidades religiosas se reaccionó contra el rumbo que estaban tomando los hechos? Si se sospechaba del consentimiento de las partes, se habría podido proponer mecanismos de control que equilibrasen los laudos arbitrales en favor de una interpretación más progresista de las normas aplicables. En el Informe Boyd, por ejemplo, donde se reconocían ciertas sospechas hacia la posibilidad de que las normas regidas por principios religiosos pudieran contener interpretaciones más restrictivas hacia las mujeres que las normas seculares, se admitió no obstante la posibilidad de diseñar una serie de mecanismos con el fin de calibrar el resultado de las decisiones arbitrales. En primer lugar, se equiparaba jurídicamente la decisión de someterse a este tipo de tribunales con los acuerdos prematrimoniales o domestic contracts, de modo que pudieran ser revisados ante un juez (Boyd, 2004a: 4). En segundo lugar, apoyando los esfuerzos de la sociedad civil por capacitar jurídicamente a los integrantes de estas comunidades religiosas, se proponía informarles del marco legal y de los derechos de que disfrutaban (Boyd, 2004a: 10). Y en tercer lugar, se intentaba evitar los posibles vicios en el consentimiento de alguna de las partes mediante los mismos límites impuestos a los acuerdos alcanzados bajo normas seculares. Con estas medidas se evitaba hacer una interpretación demasiado culturalista que rechazase desde el inicio cualquier consentimiento por estar estructuralmente viciado (Boyd, 2004: 136). Por otro lado, el temor a que el uso de los ADR por las comunidades religiosas llegase a instaurar una jurisdicción paralela

no constituye por sí solo una razón suficiente para rechazar de plano la aplicación de normas de base religiosa. Los tribunales de arbitraje que operasen bajo la normativa sobre arbitraje y mediación no estarían, como alertaban algunos opositores, reclamando una competencia exclusiva sobre los asuntos de familia de los miembros de su comunidad. Con una interpretación estricta de la ley y de la situación a la que se estaba aplicando, la jurisdicción de esos tribunales religiosos estaría constituida por la voluntad de las partes que decidieron someterse a ellos mediante un acuerdo (Kymlicka, 2005). La ley sobre arbitraje había dejado un amplio margen para que las partes pudieran confeccionar el proceso y las normas a las que quisieran someterse. Solo si no había una mención expresa a una legalidad determinada se aplicaban las normas que por defecto contenía la legislación sobre arbitraje y mediación. La preocupación, pues, sobre la posible multiplicación de fuentes normativas y la pérdida de un referente normativo común⁵⁶ no tendría fundamento si comprendiésemos que el permiso para aplicar otras normas emana de la propia ley a la que posteriormente se someten.

Si confiamos, por un lado, en la capacidad de las mujeres musulmanas o en su capacitación a través de la sociedad civil, al igual que en el contrapeso de los mecanismos de garantía que se establecen en las leyes de arbitraje, así como en la posible revisión por los tribunales ordinarios. Y si, por otro lado, confiamos en que cualquier tribunal amparado bajo la legislación sobre arbitraje y mediación no va a actuar al margen ni va a suponer una jurisdicción paralela ni la soberanía exclusiva de un determinado segmento de la población sobre los asuntos de familia, entonces el problema se reduce a las implicaciones que tendría permitir que normas con una legitimidad religiosa compitan con las normas seculares del Estado que ampara esos tribunales. Se reconozcan o no, las normas religiosas seguirán manteniendo su legitimidad entre los miembros de la comunidad que crean en su obligatoriedad. Si el Estado no reconoce esta realidad, su cumplimiento se seguirá realizando a pesar de ello. Para muchos miembros de estas comunidades, el cumplimiento de sus normas es una parte fundamental de la vivencia de su religiosidad. Ignorarlo no significa que vaya a desaparecer. El Estado tendrá que plantearse la posibilidad de reconocer esta realidad normativa y el hecho de que,

para muchas cuestiones relacionadas con la identidad, existe una visión personal de lo que es justo. El debate sobre los tribunales de la sharía es solo el comienzo de un debate necesariamente más amplio sobre la multiplicación real de las fuentes de normatividad en nuestras sociedades, sobre la división de las lealtades y las identidades que van más allá de las definiciones convencionales de la modernidad. Habrá que ver, entonces, qué tiene que decir nuestra sociedad sobre la nueva realidad que plantea la diversidad cultural, cómo se justifica el complejo respaldo normativo de semejante diversidad y cuáles son los límites realmente necesarios para aceptarlo.

Capítulo 2

LA SHARÍA Y LAS MINORÍAS RELIGIOSAS EN OCCIDENTE

La protección identitaria y la paradoja

de la vulnerabilidad multicultural

La familia es para los musulmanes un medio fundamental para el mantenimiento de la cohesión social y la identidad. En su calidad de inmigrantes en la mayor parte de los países occidentales, muchas familias musulmanas han tenido que realizar notables esfuerzos para adaptarse a las sociedades de acogida. Las implicaciones sociales y jurídicas de esos ajustes han sido importantes. En muchos casos, la adaptación ha consistido en configurarse como comunidades culturales no territoriales, es decir, recurriendo a prácticas y a la adhesión a normas que mantienen los lazos comunitarios, pero sin dotarse de instrumentos de autogobierno vinculantes de cara al poder político del Estado (Shachar, 2010: 121; Bhabha, 2009: 58-60). El intento por preservar la identidad colectiva se ha desarrollado sobre todo en dos frentes: cultivando una cierta autonomía cultural en aspectos como el idioma o la educación religiosa de los menores y, en el ámbito privado, mediante el mantenimiento de algunas costumbres y prácticas comunitarias de sus lugares de origen. A diferencia de las comunidades constituidas territorialmente en torno a características etnolingüísticas, que por lo general han buscado una autonomía política y se han dotado de un lenguaje nacionalista, las comunidades etnorreligiosas, especialmente las de naturaleza migrante, han carecido de esos rasgos. Lo más parecido que podemos encontrar en la historia europea fueron los millet del Imperio otomano, que aglutinaban a las diferentes comunidades etnorreligiosas bajo la soberanía del sultán en unidades dotadas de cierta capacidad de autogobierno. Este tipo de autonomía funcional suponía la aquiescencia de un poder político superior dispuesto a transferir a sus minorías determinadas funciones jurídicas y administrativas. Sin embargo, a diferencia del mundo premoderno, en el Estado de derecho contemporáneo las comunidades que aspiran a dotarse de alguna forma de autonomía funcional están obligadas a organizarse según criterios democráticos, es decir, sobre el consentimiento de sus miembros de querer pertenecer a ellas. De

hecho, los Estados nacionales se han venido desarrollando desde el siglo XIX mediante la disolución de las antiguas formas corporativas, ya fuesen estas de naturaleza religiosa, étnica o estamental.

La carencia de esa capacidad de autodeterminación, o de una unidad política específica, ha impedido que las comunidades musulmanas en Occidente hayan desarrollado hasta la fecha una estrategia de ese tipo. Sin ella resulta más difícil luchar por el reconocimiento de los símbolos culturales propios o alcanzar algún tipo de autonomía funcional. Por ello, una de las formas a las que han recurrido para defender su modo de vida y sus tradiciones ha sido la de incrementar el control sobre las normas que regulan las relaciones interpersonales de sus miembros, básicamente las relativas a la regulación del matrimonio, el divorcio, la adopción y las herencias: aquellas que constituyen, en definitiva, el núcleo del derecho de familia. Se trata, en última instancia, de una estrategia para mantener la cohesión comunitaria. Al asegurarse el control sobre este tipo de normas, las comunidades intentan regular los requisitos para ingresar o salir de ellas. Se trata de asumir solidariamente la responsabilidad de preservar los valores, las prácticas y las formas de vida que definen como tal a la comunidad. Así, las normas del derecho de familia ejercen también una notable influencia sobre la esfera íntima, ya que es en el seno familiar donde se producen los primeros desarrollos ontogenéticos, es decir, donde tempranamente se conforma la personalidad. En la familia es, en definitiva, donde comienza a formarse la identidad (Benhabib, 2006: 149). Por eso es tan importante controlar los primeros años de aprendizaje de los futuros miembros de la comunidad. Las personas terminan asumiendo de forma natural la identidad que les es más cercana, normalmente la de su entorno familiar. Pero para poder controlar estos primeros años formativos es necesario también controlar a las personas encargadas de esa formación: las madres. Son ellas, como etnocreadoras, las que juegan un papel decisivo en la reproducción de la colectividad (Shachar, 2010: 121). Es lógico, por tanto, que en el seno de la comunidad exista un interés especial por controlar a las personas que van a servir como modelo y cadena de transmisión de los valores a sus futuros miembros. Sin embargo, en el contexto democrático occidental, la adhesión de sus integrantes a las normas

comunitarias ha de ser necesariamente voluntaria. Un excesivo celo por controlar la ejemplaridad del comportamiento de las mujeres de la comunidad puede llegar a afectar a sus derechos individuales. La tensión entre la particularidad de las normas y valores comunitarios, y los derechos individuales de las mujeres suele ser un dilema recurrente en sociedades culturalmente diversas con minorías tradicionalistas en su seno.

En los países musulmanes, el derecho de familia constituye la parte de su sistema jurídico en el que más han influido la religión, las tradiciones y los valores culturales. Al haber establecido la sharía como su fuente normativa principal, se ha producido una confluencia simbiótica entre ambos. Por un lado, la sharía se ha codificado mediante su alusión normativa en los preceptos legales sobre el derecho de familia⁵⁷. Por otro lado, el derecho de familia musulmán se ha visto elevado a símbolo de la identidad colectiva y núcleo de lo que significa ser un buen musulmán. La sharía es, pues, una referencia importante para los creyentes musulmanes y evoca algo más profundo y elevado que un simple conjunto de normas legales. Para los musulmanes, la sharía implica una conexión con creencias y principios inmutables que ordenan la vida de acuerdo a la voluntad divina. Conectar las normas que rigen la vida familiar con la sharía significa situar a la familia entre los criterios morales más elevados. Por esta razón, es precisamente en el seno familiar donde acaba constituyéndose la pertenencia religiosa (Nielsen, 1992: 100). Las estrechas relaciones que mantiene lo religioso con la vida cotidiana determinan la importancia estratégica de la familia como bastión identitario. Por ello, entre las comunidades musulmanas inmigradas, la contraposición entre las normas occidentales y las normas islámicas en el ámbito familiar termina expresándose en lo cotidiano. Este es el motivo de que buena parte de sus reivindicaciones se realice a través del derecho privado y de la familia (Moreras, 1999: 77). La familia constituye, en definitiva, el reducto identitario de la cultura y del individuo, y el derecho de familia es la constatación jurídico-formal de la base ontogenética del proyecto identitario colectivo.

La protección de la identidad y la paradoja

de la vulnerabilidad multicultural

Las minorías religiosas más tradicionalistas han experimentado frecuentes dificultades para preservar sus referencias identitarias dentro del marco regulador del Estado de derecho. Al tener que actuar conforme a las normas de este, a menudo consideran que el Estado les hurta la autoridad necesaria para determinar formalmente los criterios de pertenencia comunitaria. Por esta razón han tratado de retener el máximo control posible sobre el derecho de familia y de este modo preservar su identidad cultural en condiciones de minoría social. Como hemos visto, la ventaja del derecho de familia para esa finalidad es doble. Por un lado, desempeña una función fundamental en la demarcación de la identidad colectiva y, con ello, en la perpetuación de la comunidad religiosa. Por otro lado, este conjunto de normas asigna derechos y deberes a los hombres y las mujeres, determinando así sus respectivos roles dentro de la comunidad (Shachar, 2001: 51 y ss.)⁵⁸. La función de demarcación consiste en definir y regular los límites de la adhesión comunitaria para los individuos que pertenezcan o que quieran pertenecer al grupo. Esto se hace fijando los límites étnicos, raciales y biológicos de la comunidad. Dicha demarcación establece también los límites ideológicos, culturales y espirituales, pero resaltando siempre la importancia del espacio doméstico como ámbito simbólico y nicho de la comunidad imaginada (McClintock, 1993: 63). Los mecanismos del derecho de familia para la demarcación de los confines identitarios son varios. El primero consiste en el desarrollo de complejas reglas de linaje que determinan quién puede, en virtud de su nacimiento, formar parte de la comunidad. El segundo es definir quién puede acceder a ella desde el exterior a través del matrimonio. Son, en definitiva, mecanismos que persiguen controlar el estatuto personal de los miembros de la comunidad y la actividad reproductiva de las mujeres, dada la importancia que ambos factores tienen para la

perpetuación comunitaria. Se trata de retener el poder para decidir quién permanece dentro de la comunidad y quién fuera de la misma.

Mediante su función distributiva, el derecho de familia regula asimismo las relaciones económicas entre los esposos y, en caso de muerte o divorcio, determina las consecuencias económicas del cambio en el estatuto personal. Con el control sobre las relaciones económicas surgidas en el seno de la familia, las comunidades etnorreligiosas se aseguran el control de las obligaciones del núcleo familiar durante y después del matrimonio. La mayoría de las veces este control tiene un impacto negativo sobre las mujeres, ya que las pautas distributivas en el seno de las comunidades musulmanas tradicionales suelen tratarlas de forma desigual, perpetuando su dependencia del marido o de otro miembro de la familia. De modo que, aunque como reproductoras de la colectividad podría esperarse que las mujeres tuvieran una posición dominante, lo cierto es que este rol suele producir el efecto contrario (Shachar, 2001: 55). La importancia de las mujeres como “conducto cultural” queda relegada al ámbito familiar, donde se les obliga a adherirse a un conjunto de normas y prácticas que las subordina por su condición de género. Por ello, si bien las tradiciones asociadas a la familia son fundamentales para la configuración y sostenimiento de la concepción que los grupos étnicos y religiosos tienen de sí mismos, el reconocimiento estatal de tales prácticas corre el riesgo de saldarse con un mayor sometimiento de la mujer e, incluso, de hacerle perder sus derechos más básicos de ciudadanía.

La posición que ocupa la mujer en el seno de las minorías etnorreligiosas con una concepción tradicionalista de sus fuentes de cohesión es, en definitiva, de especial relevancia para la conservación de su identidad colectiva. Su papel es fundamental en el “culturalismo reactivo” que algunas de estas minorías han desarrollado para protegerse de la sociedad dominante. Tales mecanismos de protección son básicamente cinco (Shachar, 2001: 56-57). En primer lugar, y dado que las mujeres son las encargadas de engendrar a los futuros miembros de la comunidad, su actividad reproductiva suele ser supervisada de cerca por las autoridades de la misma. Esa supervisión incluye la determinación de las situaciones en las que se les permite casarse y tener hijos. El control

de las pautas de procreación asegura los confines del grupo y, con ello, su autonomía y continuidad. Un segundo mecanismo consiste en fijar las condiciones de validez de los matrimonios y la maternidad. El tercero es imponerles a las mujeres la obligación de transmitir las normas, costumbres y tradiciones del grupo que perpetúan la historia y la memoria colectivas, depositando en ellas las expectativas de su perdurabilidad en la siguiente generación. Otro mecanismo consiste en investir a la mujer de un especial significado simbólico para la comunidad. Al considerarla un emblema colectivo necesitado de protección para la perpetuación comunitaria, su exhibición pública es supervisada a través de códigos culturales como la vestimenta. Y en quinto y último lugar, se permite que las mujeres se impliquen activamente en las luchas comunitarias de reivindicación cultural frente a la sociedad mayoritaria. Todos estos mecanismos son cruciales para el mantenimiento de la cohesión comunitaria y su supervivencia, y se reflejan en figuras jurídicas como el matrimonio o el divorcio. Por ello, el control sobre el derecho de familia se torna fundamental y las minorías religiosas han intentado recurrentemente que los Estados les reconozcan competencias sobre su regulación.

La especial responsabilidad de las mujeres en la reproducción cultural y biológica de las comunidades tradicionalistas les impone numerosos límites y exigencias. En el caso del derecho de familia musulmán, las mujeres reciben un trato jurídico diferenciado en el matrimonio, en las formas de disolución matrimonial y en la herencia. Este trato diferenciado también puede encontrarse en las comunidades judías ultraortodoxas⁵⁹. En otras ocasiones, las mujeres se ven sometidas a prácticas consuetudinarias muy arraigadas que suelen implicar un elevado grado de represión y violencia, como las mutilaciones genitales, los homicidios por honor, los matrimonios convenidos, etc. Aunque suelen ser casos extremos, no por ello son inexistentes. En una sociedad multicultural, el reconocimiento de la diversidad ayuda a visibilizar a las minorías étnicas y religiosas, pero también plantea nuevos retos a su coexistencia. Muchas de las prácticas reconocidas en estas minorías, sobre todo las relativas a la posición de la mujer y los niños, chocan con la tradición liberal de los derechos individuales. La mayoría de esas incompatibilidades culturales se concentra en la esfera privada. Bhikhu Parekh (Parekh, 2000: 264) ha identificado

al respecto doce prácticas entre los musulmanes que suelen conducir a choques culturales. De ellas, siete se refieren al estatus de las mujeres en la comunidad (matrimonios, circuncisión, etc.); dos, al código de vestuario (el uso del hiyab); otras dos, a lo que es competencia pública o privada en materia educativa (permiso para la educación física, excursiones, natación, etc.), y el resto, sobre costumbres alimentarias y funerarias. Todas estas prácticas reflejan la tensión entre los modos de vida de la sociedad receptora y las nuevas culturas que se incorporan a ella. En estos casos suele surgir lo que Ayelet Shachar ha denominado la paradoja de la vulnerabilidad multicultural (Shachar, 2000: 386; 2001: 3): las consecuencias imprevistas de acomodar determinadas prácticas que hacen recaer todo el peso identitario sobre algunos miembros de la minoría en cuestión. Esta situación se ha dado en algunos países cuando determinadas políticas públicas, en principio bienintencionadas, para la gestión de la diversidad cultural, al tratar de normalizar ciertas prácticas, han terminado aceptando involuntariamente una discriminación o una desigualdad sistemática. Como consecuencia, algunos miembros de esas minorías (mujeres y niños, sobre todo) tienden a ver limitados sus derechos y su margen de actuación como ciudadanos queda prácticamente anulado (Shachar, 2000: 386). Esta situación resulta evidente en el caso de las jurisdicciones identitarias que algunas minorías han intentado introducir en el ámbito educativo o en el derecho familia, por ejemplo, sobre el estatus de las mujeres en el matrimonio o con el veto de algunas asignaturas o actividades extraescolares de los menores. En Alemania, por ejemplo, donde prevalece la conexión de la ley personal para la resolución jurídica de conflictos familiares entre extranjeros, se han dado casos donde algunos jueces han hecho una interpretación extensiva y equivocada de la tolerancia. Algunas decisiones judiciales han utilizado prácticas dudosas como atenuantes en varios juicios sobre conflictos familiares entre inmigrantes musulmanes residentes en el país. Por ejemplo, han considerado el maltrato a la mujer algo consustancial a un matrimonio islámico. Y en el ámbito educativo ha habido tensiones puntales entre la escuela y algunas familias musulmanas, sobre todo con respecto al permiso para las excursiones de los alumnos, o para la realización de actividades acuáticas. El Tribunal de Estrasburgo acabó zanjando esta polémica en una sentencia de 2017, donde estableció la prevalencia de la actividad escolar sobre

las creencias religiosas. La decisión falló en contra de una familia turca que se negaba a que sus hijas acudieran a clases de natación mixta en una escuela pública suiza⁶⁰.

La tensión entre los derechos individuales y los derechos colectivos se ha convertido en uno de los principales problemas para la gestión de la diversidad cultural en los países occidentales. Esta tensión ha sido más clara en los debates académicos entre los denominados, respectivamente, liberales, multiculturalistas y comunitaristas. Tales debates han girado en torno a la definición de un concepto más inclusivo de la ciudadanía y la posibilidad de abrirse a una diferenciación cultural de la misma. Todos ellos proponen, en definitiva, una redefinición de lo que entendemos por derechos individuales y colectivos, y por autonomía individual y autogobierno, dicotomías sobre las que oscilan las diferentes propuestas teóricas. El dilema de dar cabida a las diferencias y de tratar de ser justos con los miembros de los grupos minoritarios es lo que están forzando las propuestas teóricas que reivindican una ciudadanía multicultural. Entre ellas destacan las que apelan a una ciudadanía diferenciada en función del estatus religioso de algunas minorías, mediante el reconocimiento de jurisdicciones múltiples en el seno de una misma comunidad política. Uno de los problemas, y no necesariamente el menor, de este tipo de propuestas consiste en determinar hasta qué punto esa potencial diferenciación jurisdiccional estaría realmente sustentada en la aceptación libre y autónoma de sus miembros, sin presiones por parte de su comunidad de adscripción.

La sharía y la familia transnacional:

los problemas de la construcción

de un entorno normativo en la diáspora

Como hemos visto, la vida familiar es la piedra angular de la vida política, social y religiosa de las minorías étnicas cuya identidad cultural contiene una fuerte base religiosa. Este es particularmente el caso de las comunidades musulmanas creadas al hilo de la inmigración en Occidente. La regulación de la familia, desde las cuestiones matrimoniales hasta las económicas, la filiación o la sexualidad, son de interés crucial para este tipo de comunidades. El motivo, como hemos dicho antes, no se debe solo a la capacidad distributiva del derecho de familia, que genera consecuencias contractuales, económicas o de filiación entre los esposos, sus hijos o en la gestión del patrimonio familiar. Tampoco por su capacidad para establecer los criterios de consanguinidad con los que se construyen los lazos familiares y los diferentes grupos étnicos. Para las minorías etnorreligiosas, la importancia del derecho de familia reside en su valor como expresión política del grupo, para demarcar las condiciones de pertenencia en función de criterios no territoriales (Shachar, 2001: 54). Esta función demarcadora les permite establecer y conservar su identidad y un modo de vida diferenciado de las prácticas dominantes de la mayoría, de manera que su control se convierte en un objetivo estratégico.

La globalización y los grandes movimientos migratorios han impactado de manera importante en la forma en la que los individuos viven su religiosidad. También las minorías musulmanas en Occidente han experimentado cambios en su manera de expresar su fe en su condición de minoría sociocultural. Estos cambios han modulado las normas religiosas más relevantes, tendiendo en muchos casos a homogeneizar las reglas sobre las prácticas sociales y morales de la comunidad e impulsando a veces formas más

ortodoxas de vivir la religión (Dupret, 2015: 137). Dada la importancia del derecho de familia, la sharía se ha convertido en un elemento fundamental para mantener los límites identitarios y sociales de las minorías musulmanas. Los musulmanes acuden a la sharía como marcador identitario, y eventualmente político, con el fin de que sus normas les ayuden a establecer los contornos comunitarios y resistir la asimilación a la cultura mayoritaria. Pero esta nueva forma de religiosidad concentrada en las normas ha dado lugar a numerosos conflictos. Las sociedades de acogida han tenido que hacer frente a cuestiones de orden jurídico y debatir si el reconocimiento de los efectos de normas inspiradas en la sharía tiene cabida en una sociedad secularizada. También han surgido cuestiones de orden práctico, como la de armonizar la convivencia entre algunas normas religiosas y los derechos democráticos fundamentales (Dupret, 2015: 138). En esta pugna por redefinir y preservar los límites culturales comunitarios, las minorías etnorreligiosas se han visto constantemente obligadas a buscar nuevos espacios de acomodo social. En el caso musulmán, sus esfuerzos se han orientado frecuentemente a controlar el estatuto personal de sus integrantes mediante la adhesión a las normas de la sharía⁶¹. Eso se ha traducido en intentos de privatizar ciertas funciones judiciales del Estado, como la propuesta de configuración de los tribunales de sharía en Ontario que vimos anteriormente. Algunas propuestas han llegado incluso a postular un sistema paralelo de justicia, como los Islamic Sharia Council (ISC) que se instauraron en Reino Unido en la segunda mitad del siglo XX. En otros casos se ha buscado más bien controlar determinadas cuestiones normativas en el seno de la comunidad. Finalmente, también ha habido casos en los que se ha tratado de introducir algunos cambios en la legislación de la sociedad de acogida para que se reconozcan ciertos aspectos de las normas de inspiración religiosa. Todas estas propuestas, sin embargo, crean grandes dificultades de naturaleza jurídica, política y social. En primer lugar, en el plano deontológico, porque con la multiplicación de la autoridad normativa a manos de las minorías religiosas muchos derechos individuales quedarían expuestos ante nuevos derechos colectivos de autorregulación y privatización de una justicia basada en criterios identitarios. En segundo lugar, en el plano institucional, la privatización de funciones jurisdiccionales podría dar lugar a un sistema paralelo de justicia en el que se aplicaría un derecho

religioso, lo que desafiaría el carácter secular del Estado.

Aceptar normas y valores que no son compartidos socialmente constituye un problema de naturaleza moral y política. El dilema más elemental surge, por ejemplo, cuando el reconocimiento de determinadas normas o prácticas culturales puede afectar a la igualdad de género o a los valores de una sociedad secularizada. Lo normal es que, en su fase inicial de interacción, numerosas minorías religiosas inmigradas, como lo son en su mayor parte las musulmanas en las sociedades occidentales, experimenten cierto desasosiego al tratar de reconciliar sus concepciones sobre la familia con los usos y normas de la sociedad de acogida. Como consecuencia, suelen surgir dudas sobre cómo reproducir sus tradiciones en un entorno normativo que no las reconoce y en un ambiente social que seguramente tampoco las comprende. Por el lado inverso, en las sociedades de acogida pueden producirse también debates introspectivos sobre la jerarquía de los principios en que se basan. El principal dilema que se plantea es cómo reconocer ciertos valores culturales o religiosos que pueden entrar en colisión con algunos derechos individuales. Lo común es que, al tratarse de reivindicaciones de comunidades tradicionales con un fuerte componente religioso, el debate se concentre en los roles de género regulados por concepciones marcadamente patriarcales⁶². Por eso, el problema que se plantea aquí es doble. Uno, cuando la sociedad se enfrenta al posible reconocimiento de valores que podrían colisionar con derechos individuales, como los de igualdad y no discriminación, y dejar paso a la instauración de un neopatriarcado de base religiosa en la esfera privada. Y, segundo, cuando se discute sobre la cesión del control sobre la membresía y la definición de las estructuras familiares, un papel que ha sido tradicionalmente asumido por los Estados. Aunque siempre se ha dejado un amplio margen de discrecionalidad a los individuos y a los grupos étnicos para configurar en la esfera de lo privado lo relativo al matrimonio y la familia, por parte del Estado ha existido siempre un interés en marcar las líneas rojas de la estructura familiar. Por ejemplo, pese a la irrupción del matrimonio homosexual, no hay duda de que el único modelo de matrimonio reconocido en los Estados occidentales es el monógamo o de que la adopción conlleva una transmisión de la filiación y la patria potestad. Aparte de preocuparse por demarcar las formas ideales de

la familia, las sociedades occidentales son también reticentes a despojarse de un mínimo control sobre la definición del entorno social. En el diseño de las políticas migratorias, por ejemplo, el Estado fija las condiciones de reagrupación familiar teniendo en cuenta el modelo de familia que defiende, con lo que también determina finalmente el tipo de inmigración que se desea. Con el uso de ciertas restricciones, los Estados delinear los contornos culturales, económicos y morales de la vida familiar deseada y que consideran más afín a la autóctona (Wray, 2009: 593), negando reciprocidad a las formas familiares de otras sociedades o a la realidad transnacional de muchas familias⁶³.

En cuanto al cuestionamiento de los fundamentos seculares del Estado, los conflictos con las tradiciones de las minorías religiosas van a depender del grado de secularización de cada sociedad. Aunque el secularismo mantiene en una primera interpretación la estricta separación entre el Estado y las confesiones religiosas en virtud del principio de neutralidad, lo cierto es que este principio se ha desarrollado de manera distinta en cada uno de los países occidentales. Así, en Europa al menos, la relación entre el Estado y las confesiones religiosas ha obedecido a tres grandes modelos institucionales: el cooperativo con la religión, el confesional y el modelo laico de separación estricta entre el Estado y la religión (Cesari, 2010: 162). Cada país ha replicado alguno de estos modelos a su manera (Casanova, 2007: 15-16). Nos podemos encontrar así desde el modelo secular francés, que requiere la separación estricta de la religión, al modelo confesional británico, que mantiene una viva interlocución entre las diferentes confesiones a través de sus asociaciones. También tenemos el modelo multiestablishment alemán de institucionalización religiosa promovida por los poderes públicos, o el modelo aconfesional español con una activa cooperación del Estado con las diferentes confesiones mediante acuerdos. Y, por último, el pluralismo segmentado heredero del modelo tradicional holandés de pilarización, cuestionado recientemente por presiones de la ultraderecha⁶⁴. No obstante, para todos ellos la presencia de una minoría musulmana ha supuesto un verdadero desafío y el debate sobre la integración del islam en las sociedades europeas es constante.

El espacio público europeo y sus sistemas jurídicos no rechazan

ninguna expresión religiosa, sino todo lo contrario. Son proclives a facilitarles a las diferentes confesiones los espacios y las herramientas jurídicas necesarias para que sus correligionarios puedan disfrutar de sus creencias y practicar la vida religiosa. La única condición que el Estado se impone a sí mismo es la de adoptar una postura neutral hacia las diferentes confesiones religiosas y no ejercer sobre ellas ningún tipo de interferencia, con el fin de proteger la libertad religiosa de los individuos y su derecho a elegir la confesión a la que se adhieren (Rohe, 2009: 104)⁶⁵. Por parte de las confesiones religiosas, se espera que cualquier reivindicación de una práctica o norma religiosa con consecuencias sociales se someta al escrutinio de la razón pública para modularla conforme a las reglas y principios de un Estado de derecho⁶⁶. De este modo, si pudiese establecerse este marco de referencia de secularidad comunicativa, el diálogo entre las minorías religiosas y los poderes públicos podría alcanzar un marco de comprensión mutua, que es la única manera de que se acabe generando la confianza social necesaria entre los diferentes sistemas normativos, seculares y religiosos, para, quizá, colaborar mutuamente.

Pero existen también problemas institucionales derivados del reconocimiento de los sistemas normativos de las minorías etnorreligiosas. Esa posibilidad supondría reconocer la existencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado. Teniendo en cuenta que este tipo de reivindicaciones ha venido sobre todo de minorías musulmanas, lo que se estaría estableciendo sería un pluralismo jurídico en función del estatus religioso. Este tipo de pluralismo podría llegar a instituirse en modelos más o menos integrados dependiendo del tipo de reconocimiento político que se le dé y del esfuerzo que se realice para el acomodo de sus normas. Hasta el momento, los modelos de respuesta institucional han sido básicamente cuatro (Rohe, 2006: 58): el primero de ellos es el de la asimilación institucional total, sin reconocimiento de la particularidad normativa y con una integración total de las minorías, que renunciarían a su idiosincrasia normativa, en el sistema jurídico estatal. En segundo lugar, un sistema de superposición normativa, contrario al anterior, mediante el cual el ordenamiento jurídico de la minoría se superpone o sustituye al del Estado. En tercer lugar, la segregación normativa de la minoría étnica que lo solicite, quien mantendría un control prácticamente

total sobre la aplicación de las normas sobre sus miembros mediante el criterio de la ley personal o la adhesión normativa a criterios culturales o religiosos. Y en cuarto y último lugar, la aculturación normativa, de manera que el encuentro normativo entre ambos sistemas jurídicos terminaría transformándolos en una constante comunicación interlegal.

Por supuesto, todos estos modelos son abstracciones y tienen sus matices, pero dan cuenta de los diferentes cleavages o divisiones que se generan con el posible reconocimiento institucional del pluralismo jurídico de base religiosa: la asimilación/integración, por un lado, y la segregación/aculturación por otro (Rohe, 2004: 344). No son modelos absolutos. Cada Estado puede haber adoptado detalles de alguno de ellos en su gestión normativa de las minorías étnicas y religiosas. Así, por ejemplo, en el modelo de asimilación, aunque el Estado imponga la superioridad de su ordenamiento jurídico puede otorgar ciertas licencias normativas que tengan alguna base religiosa. Este es el caso de gran parte de los ordenamientos jurídicos europeos. La mayoría de ellos establece una clara soberanía normativa en un marco territorial dentro del cual solo es posible la aplicación de la ley nacional y, en contadas excepciones expresamente establecidas, de la ley extranjera. Pero estas pequeñas prerrogativas no suponen el reconocimiento de un sistema jurídico multicultural, sino simplemente el reconocimiento del derecho extranjero como hecho procesal⁶⁷: el ordenamiento jurídico estatal puede llegar a reconocer las consecuencias jurídicas de normas de derecho extranjero que tengan una base religiosa, pero en ningún caso reconocerá que los principios legales o generales, así como los derechos y libertades, puedan ser interpretados de acuerdo con ellas. El modelo de superposición normativa, en cambio, supondría que el sistema normativo de la minoría reemplazaría al ordenamiento jurídico estatal, aunque no sucede exactamente así. En este modelo se confunden muchas veces los términos superposición y sustitución, cuando lo que realmente ocurre es que existen diferentes sistemas normativos que se superponen entre sí sin excluirse mutuamente en principio. La aplicación de uno u otro depende de la voluntad y la permisibilidad: de la voluntad de dar cuenta de esa situación a quien se vea afectado por varios sistemas normativos y, por otro lado, de la permisibilidad de los sistemas jurídicos en competencia.

Aunque las referencias históricas sobre este modelo de superposición normativa lo retrotraen a las invasiones bárbaras (Rohe, 2006: 59) o, más acertadamente, a la época colonial (Merry, 1988: 869-872), el modelo de superposición normativa es el que más se acerca a la visión sistémica del pluralismo jurídico (Teubner, 1991). En un mundo globalizado, la existencia de normas y sistemas jurídicos pertenecientes a distintas entidades y actores globales ha creado irremediabilmente una superposición de jurisdicciones transnacionales (Berman, 2009: 230). Este sería el modelo que más acertadamente describe la situación jurídica actual a nivel global y que mejor se acerca a la realidad de esas minorías étnicas constituidas en la diáspora, pero con grandes conexiones con sus países de procedencia. La doble lealtad en la que militan les ha colocado en medio de una trasposición de jurisdicciones normativas a las que acuden para intentar resolver cuestiones que afectan a su vida cotidiana por su identidad cultural y por su respeto a las leyes de la sociedad en la que residen. El resto de los modelos serán más o menos válidos, pero este es el más descriptivo y el que da cuenta de la existencia de un pluralismo jurídico global (Berman, 2012; Shah y Menski, 2006).

El modelo segregacionista es el más polémico de todos. Este quiere dar cuenta de la situación en que podría quedar una sociedad si aceptara reconocer una jurisdicción paralela para una minoría étnica o religiosa. La percepción que se tiene de dicho modelo es, en general, peyorativa. Pero, igualmente, esconde muchos matices. Representaría la instauración de una sociedad paralela, que se ha establecido en el imaginario social tras la polémica surgida con los debates sobre el reconocimiento de la sharía. Lo cierto es que se trata de un modelo practicado por algunas comunidades religiosas, como la judía (Hacker, 2012), algunas poblaciones indígenas y de origen indio (Song, 2007: 114), y en algunos países de mayoría musulmana, como Malasia, donde existe una jurisdicción que aplica la sharía para resolver asuntos en materia de familia (Shamsul, 2015). A pesar de que es un modelo que funciona relativamente bien para estos casos, y que más que una jurisdicción paralela lo que plantea es una jurisdicción suplementaria, no está exento de problemas. La mayoría de ellos se refiere a la incompatibilidad de determinadas normas con el ordenamiento jurídico estatal y con algunos derechos entendidos como universales. Por esta razón,

muchos pretenden corregirlo en un sentido más proposicional, de modo que, mediante el encuentro normativo, todos los sistemas jurídicos que entren en liza acaben transformándose recíprocamente. Esto es lo que se propone con el modelo de aculturación o, como lo denomina Ayelet Shachar, de acomodo transformativo (Shachar, 2001: 117-145). Este modelo quiere aprovechar los puntos de intersección de la autoridad normativa de la minoría con la del Estado para, en vez de tratar de competir por la lealtad de los individuos, generar un proceso de comunicación que acabe transformando las visiones normativas de cada parte hacia una visión compartida.

Esta aproximación nos sirve para entender las posibles transformaciones institucionales que podrían darse si llegara a establecerse una situación de pluralismo jurídico de base religiosa. Pero esta transformación no solo afectaría a los valores e instituciones de la sociedad. Las normas de las minorías religiosas se verían también afectadas en el proceso de adaptación al nuevo contexto jurídico. Este ha sido el caso de la sharía. La sharía, como norma cultural importada, tiene que adaptarse a su nuevo entorno y puede llegar a adquirir formas diferentes en el contexto secular en el que se aplique (Turner y Arslan, 2011: 148-150). Esas formas vendrán determinadas por el grado de reconocimiento formal por parte del Estado. En este sentido, la sharía podría conseguir cierto desarrollo institucional si se diese un reconocimiento formal de las normas religiosas en cuestiones de derecho civil y privado. Esto podría tener lugar mediante unos tribunales religiosos específicos que articulasen una jurisdicción suplementaria. Pero, por otro lado, también podría darse mediante el apoyo a tribunales de arbitraje religioso que tuvieran asignadas, por adscripción voluntaria de los individuos, determinadas cuestiones de derecho privado. Estas dos hipotéticas situaciones supondrían el reconocimiento de una normativa propia en función del estatus religioso y la creación de tribunales de base religiosa, aunque presumiblemente bajo la fiscalización de los poderes públicos del Estado. Conllevaría, en definitiva, el establecimiento de un sistema dual o paralelo de justicia, que fue justamente lo que generó la polémica en Reino Unido tras el discurso del arzobispo de Canterbury (Williams, 2008)⁶⁸. Ambas formas de reconocimiento institucional establecerían una situación de pluralismo jurídico de base religiosa,

pero con la connivencia estatal, lo que no debería suponer una amenaza a su soberanía.

Otra cuestión más difícil de controlar es la posible aplicación de la sharía fuera de todo reconocimiento de iure, pero con total existencia de facto. La sharía, como norma de carácter ético y religioso interiorizada por muchas de las personas pertenecientes a las minorías musulmanas, puede llegar a desarrollarse por medios informales. Uno de los que ha tenido mayor auge durante los últimos años ha sido el de las nuevas tecnologías. Muchos musulmanes acuden a internet para obtener respuestas sobre el comportamiento que deben adoptar en las sociedades seculares en las que residen. Estas consultas se obtienen a través de las denominadas online fatwas o los “ciberconsejos de sharía”, que proveen de contenido normativo a los musulmanes residentes en países occidentales (Šisler, 2011). En estas plataformas digitales, la sharía se ha desarrollado informalmente y sin una regulación concreta, convirtiéndose en un producto moldeado por las nuevas formas de religiosidad de los musulmanes de la diáspora. Estos “consejos digitales” no solo aportan a los musulmanes opiniones sobre aspectos relacionados con su vida cotidiana en una sociedad secular, sino también sobre decisiones judiciales de carácter informal para resolver alguna disputa. Este desarrollo normativo de carácter digital no supone, por tanto, ningún tipo de institucionalización concreta de la sharía, ya que no hay un reconocimiento formal por parte de ninguna autoridad. Estaríamos tan solo ante un crecimiento informal de los códigos religiosos en la vida cotidiana que han adoptado un perfil digital. La peculiaridad de estas plataformas normativas es que han logrado transformar la religiosidad contemporánea hacia formas más privatizadas de expresión y han creado la posibilidad de recurrir de forma inmediata a ellas ante la duda sobre cualquier comportamiento. La consecuencia son dos problemas importantes. Por un lado, esta posibilidad de recurrir a las fatwas online para cualquier acción diaria termina produciendo una “shariaización” de la vida cotidiana. Por otro lado, esa necesidad de querer actuar en todo momento bajo los preceptos de la sharía provoca una constante búsqueda de la interpretación adecuada que satisfaga la visión particular de la fe por parte de cada individuo, una especie de fatwa shopping online⁶⁹ (Turner y Arslan, 2011: 149). Esta “sharía a la

carta” construye un sistema normativo subjetivado que utiliza las fuentes digitales para amoldar la norma al comportamiento, evitando cualquier control por la autoridad religiosa y, por tanto, un juicio sobre la idoneidad del comportamiento. La autoridad religiosa se ve así paulatinamente erosionada y va siendo sustituida por autoridades informales. De este modo, se acaba fijando una observancia religiosa cada vez más rigurosa, pero despersonalizada y descontextualizada, más preocupada por la conservación del dogma que por su adaptabilidad a sus nuevos escenarios sociales. El resultado inevitable es un conflicto entre los ideales islámicos y la realidad cotidiana. La sharía digital formaría parte de un sistema normativo emergente cuyo carácter informal le confiere mayor accesibilidad a cambio de forzar una autoridad religiosa cada vez más horizontal, pero menos informada y proclive a promover formas ortodoxas de religiosidad. No obstante, este fácil acceso al asesoramiento normativo online también facilita a los musulmanes en la diáspora un acceso cómodo a un marco normativo para lograr un comportamiento piadoso conforme a sus deseos. Con ello se produce un diálogo continuo entre quienes sienten la necesidad de contrastar sus comportamientos con un dictamen legal (mustafti) y aquellos que los elaboran (muftis), estableciéndose un marco normativo referencial en continua adaptación.

Como vemos, la sharía obtiene su fuerza normativa cuando supone para el individuo un marco referencial fuerte que adecúe su comportamiento cotidiano. Por eso podemos considerarla como un sistema moral que conforma la vida cotidiana de los musulmanes, aunque no opere necesariamente como un sistema institucionalizado (Turner y Arslan, 2011: 149). La utilización de la sharía como base para la concienciación religiosa se expresa mediante una multitud de prácticas que producen hábitos distintivos en la comunidad de la diáspora. La sharía ha ganado así importancia entre los musulmanes como una nueva forma de expresar la religiosidad en una condición de minoría, sirviéndoles de guía para desenvolverse en entornos culturales que perciben como ajenos y que alteran su modo de entender lo cotidiano. La sharía, por tanto, ya no solo supone la manifestación de un sistema normativo formal por el que se establecen las normas esenciales para la vida del buen musulmán. Ha ganado también importancia entre los musulmanes de la diáspora como mecanismo de

subsistencia cultural. Por tanto, debemos entender que las demandas de reconocimiento de la sharía no están únicamente dirigidas a obtener un sistema normativo propio, sino que son la manifestación de una transformación social y subjetiva que busca nuevas formas de religiosidad en la diáspora. La transposición y reivindicación de la sharía en contextos de minoría social ha dado finalmente lugar a diferentes modelos de coexistencia normativa con las leyes occidentales, lo que ha generado una serie adicional de dificultades que veremos a continuación.

Capítulo 3

EL PLURALISMO JURÍDICO EN FUNCIÓN DEL ESTATUS RELIGIOSO

La ley islámica como identidad cultural

En el Corán solo existe una única referencia a la sharía recogida en la sura 45, aleya 18 (Kamali, 2008: 2)⁷⁰. El significado literal al que hace referencia la aleya es el de “camino correcto” (sharī ‘atan) o “senda a seguir”, pero en la actualidad el término ha acabado aludiendo a su sentido jurídico, a lo que entendemos como “derecho” y que, mezclado con cuestiones morales, con los buenos usos y con los rituales islámicos, ha logrado conformar lo que en la actualidad se denomina “derecho islámico”. La ley islámica y la sharía han acabado utilizándose indistintamente como términos equivalentes, si bien la segunda alude al carácter religioso de la primera (Hallaq, 2005: 1)⁷¹.

La sharía es, en definitiva, un término que no tiene una única definición y que, según para quién, evoca un contenido que se percibe de modo diferente. Para la mayoría de los musulmanes alude a las formas y contornos de la creación, la existencia, la muerte y a un modo de vida que deriva de normas interpretadas de las escrituras sagradas del islam. Es la forma que determina el camino adecuado para convertirse en un buen musulmán. Más que un mero conjunto de normas, por tanto, la sharía es una forma de pensar y una manera de vivir que impregna la mentalidad, los sentimientos y los actos de todo musulmán, cuyo cumplimiento supone la manifestación más representativa de la vida islámica. Por esta razón, todo musulmán siente que su vida y todos sus actos deben estar en permanente contacto con la ley, que es, en definitiva, la sharía o la ley islámica (Maíllo Salgado, 2005: 350).

Para los juristas, en cambio, la sharía es también un corpus general de principios fundamentales de los que se compone la ley islámica y que derivan de dos fuentes principales: el Corán y la sunna, las tradiciones recogidas del Profeta (Ramadan, 2009: 359-360). Ambas son las únicas excepciones a la falta de codificación del derecho islámico, ya que se trata de un sistema jurídico de carácter eminentemente jurisprudencial. La mayor parte del conocimiento jurídico del derecho islámico proviene, en realidad, del fiqh,

término que hace referencia a la jurisprudencia islámica y que puede traducirse como “doctrina” o “jurisprudencia”. El fiqh está compuesto por dos dominios estudiados de forma separada en los diferentes tratados jurídicos: de un lado, las prescripciones de orden religioso (ibādāt) sobre la obediencia, sumisión y devoción a Dios; y de otro, las reglas concernientes a las relaciones sociales (muāmalāt). Ambos dominios gobiernan todos los aspectos de la vida de un musulmán. La labor de los juristas a través de la producción del fiqh era la remisión de todos los aspectos de la vida de un musulmán a un conjunto de preceptos morales y normas temporales, que dio lugar a lo que en la actualidad se entiende como sharía. La sharía es, pues, una ley divina interpretada por juristas sobre determinados valores religiosos que regulan la vida diaria, las relaciones sociales e, incluso, la organización política de los musulmanes (Maíllo Salgado, 2005: 81-82).

Desde una perspectiva histórica, la sharía tuvo su desarrollo en los comienzos de la época abasí, con la aparición de las principales escuelas de jurisprudencia y la recopilación sistemática de la sunna como segunda y más detallada fuente de la sharía. Fue la época en la que se establecieron las bases metodológicas para la interpretación de las fuentes divinas para su comprensión humana. La sharía se desarrolló entonces como un sistema ideal normativo creado por los ulemas, los doctos del derecho islámico, que consiguieron configurarse como un cuerpo de juristas independientes del Estado y sus instituciones. Fueron los encargados de desarrollar una doctrina jurídica (fiqh) según cómo creían que debería ser la ley a la luz de los textos sagrados, sin perjuicio de interpretaciones que facilitaran su aplicación práctica. Como guardianes de la sharía, sobre ellos recayó la responsabilidad de legitimar la autoridad de los gobernantes que tenían el compromiso de hacer cumplir la ley. Así, como jueces oficiales de los califas, ejercieron la justicia sobre disputas legales, causas penales y diversos asuntos jurídicos, siempre aplicando su propia comprensión de la sharía y no cualquier norma legal emitida por el gobernante. Por esta razón, aunque la procedencia de la sharía fuera de naturaleza divina, su elaboración era en realidad una actividad humana y sus resultados una representación de la ley de Dios entendida desde una perspectiva humana (Weiss, 1998: 120). La clara identificación de los ulemas con la ley les confirió un

estatus importante en la comunidad islámica y actuaron como árbitro de la legitimidad religiosa de la comunidad, limitando así el poder ejecutivo de los gobernantes durante muchos siglos.

Ya en el siglo XIX, el Imperio otomano quiso codificar la sharía para emular los modelos europeos de Estado y de administración de justicia, estableciendo un cambio significativo en el papel tradicional que había ejercido la sharía hasta el momento (Feldman, 2012). La codificación de la sharía supuso entonces su vinculación directa con el Estado, por lo que el papel que desempeñaban los ulemas comenzó a perder sentido. Esto significaba que el tradicional equilibrio de poder entre el gobernante y la autoridad religiosa se disolvió, una vez que el Estado asumió la capacidad legislativa, dotando al ejecutivo de un poder soberano que nunca antes había existido en el mundo islámico. El principio de la seguridad jurídica debía asegurar la igualdad de los súbditos otomanos. Fruto de ello fueron los numerosos códigos promulgados durante la segunda mitad del siglo XIX para el procedimiento civil, el comercio marítimo o las causas penales. La sharía quedó relegada a un segundo plano, pero alguno de sus elementos pudo ser conservado con la promulgación de la Majalah, conocida como el Código Civil de 1876, que combinaba la forma europea con el contenido de la sharía interpretado por la escuela hanafí. La codificación de la sharía supuso, por tanto, su transformación en derecho positivo del Estado. Se simplificaron sus principios más relevantes, haciéndola más accesible para litigantes y juristas (An-Na'im, 2007: 21) y más fácil su práctica diaria para jueces y profesionales del derecho.

Con la llegada del Estado moderno, el papel de los ulemas dejó de ser relevante. Al principio, el sistema jurídico islámico era un orden nomocrático regido por una serie de normas consensuadas, impuesto por una autoridad moral teocéntrica y regulado por la comunidad. La norma emanaba de la propia comunidad y el Estado desempeñaba un rol mínimo. Sin embargo, con la llegada del Estado-nación, el Estado ganó mayor protagonismo en la elaboración y aplicación de la ley (Hallaq, 2002). Los ulemas, que anteriormente ejercían de contrapeso del gobernante legítimo (Feldman, 2012), se vieron desplazados a la esfera privada, aunque conservaron aún cierta capacidad de legitimación de la acción

política del Estado en el ámbito religioso. Con la evolución positivista del derecho islámico, la sharía pasó a adoptar una naturaleza cada vez más religiosa, haciendo referencia únicamente a las normas que regulaban la relación de los seres humanos con Dios (ibādāt). De este modo, los tribunales seculares asumieron los asuntos más prácticos de la administración de la justicia, quedando únicamente para la jurisdicción de la sharía los asuntos de derecho de familia. Los ulemas terminaron perdiendo la interpretación exclusiva de las fuentes sagradas de la sharía y tuvieron que limitarse únicamente a las cuestiones religiosas, la mayoría dentro al ámbito familiar. La sharía se consolidó así en la esfera privada, donde siguió siendo una referencia cultural importante, conviviendo en el resto de los ámbitos con las normas jurídicas del Estado, dando con ello lugar a una situación de pluralismo jurídico (Dupret, 1999).

Hoy en día, la sharía disfruta de un amplio apoyo en gran parte de los países de mayoría musulmana. Según el último estudio del Pew Research Center⁷², una mayoría opina que la sharía, además de ser una referencia fundamental en la vida de cualquier musulmán, debería ser una guía fundamental para la vida política y social del país. Sin embargo, en el mundo musulmán existe una enorme disparidad sobre la manera de aplicarla y los ámbitos que debería cubrir. En cada área geográfica, el papel que se le asigna a la sharía tiene una diferente presencia y la ortodoxia de su interpretación varía. En muchos países, por ejemplo, existe un consenso generalizado sobre su importancia para la resolución de cuestiones de derecho de familia a través de tribunales islámicos. No así, en cambio, para los asuntos de carácter penal. En algunos países del sudeste asiático, por ejemplo, se apoya ampliamente la aplicación de duras penas para los ladrones y apóstatas, como la condena a muerte o la mutilación de los infractores, algo que no existe en otros países. Sí hay, en cambio, una amplia conformidad sobre la naturaleza inmoral de algunas prácticas como el aborto, el suicidio, la eutanasia, la prostitución o el consumo de drogas y alcohol. Pero en cuanto a cuestiones como la poligamia, el divorcio o la planificación familiar, el consenso para interpretarlas de acuerdo con la sharía es mucho más variado. Por otro lado, el grado de adhesión a los principios de la sharía es, según el informe, mayor en las sociedades más pobres y represivas, que tienden a identificarla

con valores islámicos fundamentales como la igualdad y la justicia social. También hay más apoyo a la sharía en aquellos países musulmanes con una mayor devoción religiosa que en aquellos otros en los que sus ciudadanos son menos practicantes. Finalmente, en el estudio no existe ningún patrón claro que determine la adhesión a la sharía según la edad, el género o la educación, por lo que su observancia tiene que ver más con el contexto político y el entorno cultural.

A pesar de la polémica que suscita siempre la mención de la sharía en cualquier país occidental, entre muchos académicos se la percibe en realidad como un sistema normativo flexible y abierto capaz de responder a las circunstancias actuales de la sociedad. Esto es gracias, sobre todo, al fiqh. Dada su flexibilidad interpretativa, al igual que ocurre con cualquier otro sistema jurídico occidental, existen en la práctica tantas interpretaciones de la sharía como escuelas y tradiciones jurídicas (An-Na'im, 2008: 14-15)⁷³. De igual modo, existen tantas formas de practicarla como distintas comunidades musulmanas; es el caso de suníes y chiíes, antagónicos en muchas cuestiones sociales, políticas y religiosas. No obstante, esto no nos aleja del papel de la sharía como un sistema global, integral y ético para guiar el comportamiento de los musulmanes. Esta es la concepción que se tiene de ella particularmente en países donde los musulmanes constituyen una minoría etnorreligiosa, como los occidentales, donde la sharía se ha convertido en un referente muy importante para guiar el comportamiento de los fieles. En la actualidad, por tanto, la sharía ha ido perdiendo su sentido estatal en favor de una configuración más cercana al common law⁷⁴ (Skilles, 2010: 96; Weber, 2008), adaptada a cada tiempo y lugar para hacer frente a cualquier reto social que no haya encontrado una respuesta definitiva en la tradición (Turner y Possamai, 2015: 5).

La creciente presencia de las minorías musulmanas en Occidente ha animado en los últimos tiempos el debate sobre el reconocimiento de la sharía. Gran parte de las discusiones ha girado en torno la compatibilidad de sus preceptos con los valores occidentales, pero en muchas ocasiones también han versado sobre la dificultad de reconocer en un entorno secular normas emanadas de autoridades religiosas. No obstante, en todos estos análisis no hay que perder de

vista que la sharía también está sufriendo una transformación por su contacto con los sistemas jurídicos modernos. Como cualquier otro sistema de derecho, la sharía se encuentra en continua evolución y su transformación actual se está dando, sobre todo, en el ámbito familiar. Esta adaptación normativa, sin embargo, encuentra importantes dificultades para su reconocimiento en las sociedades occidentales. Algunas son de carácter deontológico, al juzgarse incompatible con los derechos y principios fundamentales de las sociedades donde pretende aplicarse. Otras son de carácter institucional, cuando el reconocimiento de un sistema jurídico cuya fuente es una autoridad religiosa entra en colisión con los principios seculares y tiende a multiplicar las fuentes de legitimidad jurídica (Turner y Arslan, 2011: 144-145).

El principio de uniformidad legal

El reconocimiento de la sharía en cualquier Estado occidental genera numerosas dificultades. Esto no solo ocurre con el derecho islámico, sino con cualquier norma de procedencia cultural o religiosa. El rechazo principal suele obedecer al celo estatal por conservar el monopolio creativo de las normas jurídicas, pero también hay otras razones. La mayoría de las veces el Estado suele adoptar una postura conservadora frente a las propuestas que reivindican una mayor apertura normativa a la diversidad jurídica. Defiende como argumento la necesidad de mantener la uniformidad del ordenamiento jurídico, lo que cerraría la puerta al reconocimiento de cualquier forma de pluralismo. Todas estas razones se han utilizado en los debates sobre la sharía. La base argumental se sostiene sobre dos preocupaciones fundamentales: la primera, que el pluralismo jurídico de base religiosa podría suponer una amenaza al universalismo jurídico⁷⁵ y un riesgo evidente para el principio de la uniformidad del derecho; la segunda, que muchas de las normas religiosas, y en concreto la sharía, son incompatibles con la defensa de los derechos humanos (Cumper, 2014: 37-38).

Sobre la primera de estas preocupaciones, ya vimos en el primer capítulo los argumentos que se plantearon en la campaña organizada por la fundación Civitas contra los tribunales de sharía en Gran Bretaña. Quienes se oponían a su reconocimiento argumentaban que la implantación de una jurisdicción suplementaria por criterios etnorreligiosos supondría un desafío a la uniformidad legal y al carácter universal de los principios jurídicos de la legislación estatal. Las leyes debían ser iguales para todos los ciudadanos y, por lo tanto, su aplicación debía ser universal. “One law for all” (MacEoin, 2009: 11); las mismas reglas para todo el mundo (Barry, 2001: 32). Esta afirmación universalista se sostiene sobre la premisa de que todo sistema jurídico debe incluir y respetar una serie de principios y derechos aplicados a todos los individuos por igual. Se estaría negando así la posibilidad de

cualquier forma de pluralismo jurídico porque no deberían existir diferentes interpretaciones y aplicaciones de esos mismos principios y derechos. Sin embargo, esta premisa universalista tiene dos problemas. El primero es que el universalismo puede estar escondiendo en realidad una forma de etnocentrismo (Benhabib, 2006: 59-66)⁷⁶. Los principios y valores que se defienden como universales pueden ser el resultado de las experiencias de un grupo humano concreto, por lo que, más que un universalismo abstracto, se estaría aplicando un pseudouniversalismo que toma como referencia las experiencias de un grupo específico y las identifica con la totalidad de los seres humanos (Benhabib, 1992: 152-153). El segundo problema es que la negación del pluralismo jurídico es un elemento normativo del positivismo, no es algo real ni descriptivo. La constatación de la existencia de formas jurídicas plurales, o al menos de un pluralismo jurídico de facto, es ya posible hoy en día. Para el caso concreto de las minorías religiosas en Occidente esto es algo cada vez más evidente. No solo por los casos reconocidos en Gran Bretaña, donde el encuentro entre los diferentes sistemas jurídicos está dando lugar a un ordenamiento híbrido anglomusulmán en el área del derecho de familia⁷⁷, sino por la evidente coexistencia de diferentes mundos normativos entre los individuos de la diáspora, que suelen mantener una doble pertenencia étnica y lealtad jurídica.

La segunda de las preocupaciones surge en relación con la posible incompatibilidad de las normas de la sharía con los derechos humanos. La postura jurídica dominante suele rechazar sistemáticamente su compatibilidad y la mayor parte de sus argumentos suelen remitirse a la conocida sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso de Refah Partisi y otros contra Turquía⁷⁸. En este conocido caso⁷⁹, el TEDH tuvo que entrar a juzgar la decisión del Tribunal Constitucional de Turquía que dictaminó la disolución del Partido de la Prosperidad o Partido del Bienestar (Refah Partisi). La decisión se fundamentó con base en la protección de los derechos humanos y los valores democráticos, pero principalmente por violar la separación entre religión y Estado que defiende la Constitución turca. Los argumentos principales del tribunal constitucional eran que el partido se había convertido “en un centro de actividades contrarias al principio de laicidad”, algo que el tribunal dedujo de las actividades y declaraciones de alguno

de sus dirigentes, como el apoyo al uso del velo islámico en todas las escuelas públicas, el deseo de abolir el sistema laico de la República y sustituirlo por un régimen teocrático o la voluntad de instaurar la supremacía jurídica del Corán, aunque tuviera que imponerse mediante una guerra santa (yihad). Todo parecía revelar que las pretensiones de los miembros del Partido de la Prosperidad eran construir un proyecto político tendente a instaurar un régimen basado en la sharía dentro de un sistema multijurídico semejante al antiguo millet, para lo cual no se descartaba recurrir a la fuerza (López-Jacoiste Díaz, 2003: 447). El Refah Partisi, por el contrario, invocó en sus recursos frente al Tribunal Constitucional turco, y posteriormente frente al TEDH, los artículos 10 y 11 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos⁸⁰ que protegen, respectivamente, la libertad de expresión y de asociación para poder disfrutarlas sin más restricciones que las que constituyan las “medidas necesarias en una sociedad democrática”. Sostenían que su actividad no suponía un “peligro manifiesto e inmediato” para la seguridad nacional o los derechos fundamentales, por lo que no existía una verdadera e inapelable necesidad de prohibir sus actividades. Finalmente, pese a los argumentos del Refah Partisi, el TEDH decidió ratificar la decisión del Tribunal Constitucional turco que justificaba la disolución del mismo y no reconoció ninguna violación de los artículos del convenio, tal y como denunciaban en su recurso los dirigentes del partido⁸¹.

Entre los principales argumentos por los que el TEDH decidió no tomar en consideración el recurso de los representantes del Refah Partisi estuvieron muchos de los empleados anteriormente por la Fiscalía turca ante el Tribunal constitucional, quien esgrimía básicamente tres grandes razones por las que debía disolverse el partido (García Roca, 2002: 306-308): por intentar instaurar un sistema multijurídico, por manifestar la voluntad de aplicar la sharía y por plantear, si fuera necesario, la vía de la yihad para conseguir estos objetivos. Según el TEDH, y tal y como alegó la Fiscalía turca, el Refah Partisi tenía como proyecto político la instauración de un sistema multijurídico de organización del Estado. El proyecto pretendía la introducción de una distinción normativa entre los turcos según su adscripción religiosa, reconociéndoles distintos derechos y libertades según sus creencias, y no por su condición de individuos con derechos y libertades. Con

este modelo jurídico el Estado dejaba de ser el garante de los derechos y libertades de todos los individuos y las confesiones religiosas se convertían en sus valedoras con arreglo a su propio sistema normativo. El Estado dejaría también de ser organizador del ejercicio de las diferentes creencias religiosas y los individuos quedarían obligados a obedecer reglas estáticas impuestas por una confesión determinada, y no las de un Estado confesionalmente imparcial. Dicha situación, según el TEDH⁸², supondría una vulneración del principio de no discriminación, ya que en una misma sociedad habría individuos sobre los que se aplicaría normas de un sistema jurídico diferente, estableciéndose una diferencia de trato normativa y procesal. Dicha diferencia supondría una vulneración del principio de igualdad y un peligro para la convivencia tolerante entre las diversas convicciones. Un sistema multijurídico es una amenaza para la unidad judicial, puesto que cada confesión religiosa dispondría de su propia jurisdicción y los tribunales se verían obligados a aplicar para cada caso las normas de la religión a la que pertenecieran los comparecientes, lo que forzaría a los litigantes a tener que revelar sus creencias. Al mismo tiempo, acabaría también con el principio de unidad legislativa, ya que cada confesión religiosa podría dictar sus propias leyes y normas, dando lugar a situaciones en las que unos mismos hechos quedarían regulados por distintas normas para diferentes individuos. Para el tribunal europeo, por tanto, la única garantía para asegurar una verdadera igualdad entre los ciudadanos, independientemente de sus afiliaciones culturales y religiosas, sería la existencia de un cuerpo jurídico uniforme.

En segundo lugar, el Refah Partisi también expresó su intención de aplicar la sharía, lo que para el Alto Tribunal Europeo sería contrario a todos los principios democráticos. Los jueces europeos opinaban que se trata de un cuerpo normativo fundado en valores dogmáticos y contrarios a la supremacía de la razón, a la concepción de la libertad, la independencia o al ideal de humanidad desarrollado a la luz de la ciencia⁸³. En su opinión, el dogmatismo de la sharía le conferiría al derecho islámico un carácter inmutable, lo que impedía su evolución y adaptación al contexto social. Su inmovilismo normativo y su falta de adaptación harían peligrar todos los valores y principios sobre los que se ha creado el Estado democrático de derecho, y le serían totalmente ajenos principios

como el pluralismo político o las libertades públicas. Si la sharía se implantara, se estaría instaurando un sistema de derecho privado que, al pertenecer a una confesión religiosa con dudosas reglas de derecho sustantivo y procedimiento penal, favorecería situaciones de discriminación debido a la aplicación de normas religiosas a todos los aspectos de la vida pública y privada de las personas, afectando especialmente a las mujeres por el lugar que ocupan en las comunidades musulmanas. La sharía es para el tribunal, por tanto, un cuerpo dogmático totalmente contrario a los valores que propugna el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos ⁸⁴, incompatible con los valores democráticos en general y con el principio de laicidad que defiende la república turca en particular. Las evidentes intenciones del Refah Partisi de establecer un nuevo orden jurídico basado en la sharía transformarían el régimen jurídico actual de Turquía en uno enteramente confesional, delegando la autoridad legislativa en cada una de las confesiones religiosas reconocidas. Para el tribunal, en definitiva, sería difícil confiar en la futura lealtad del partido al régimen jurídico actual, y tampoco en que su actividad política se ajustase a la libertad de asociación bajo la que se amparaba. De ahí que el tribunal estimara coherente su disolución y no considerara vulnerado su derecho de asociación.

En tercer y último lugar, el tribunal europeo consideró también que existió en los discursos de los dirigentes del partido una constante referencia a la yihad como vía posible para la instauración de sus ideas. En su opinión, quedaba demostrado que el partido había reiterado en varias ocasiones que estaba dispuesto a utilizar la fuerza para imponer sus ideas en contra de todas las decisiones políticas con las que no estuviera de acuerdo. Sus dirigentes habían manifestado esa posibilidad en la mayoría de sus mítines y habían dejado clara su voluntad de instaurar un régimen jurídico múltiple en el que los ciudadanos quedarían definidos por su adscripción religiosa. En el contexto turco, esta posibilidad supondría que la sharía pasaría a ser un elemento fundamental del derecho aplicable, puesto que una gran mayoría de los ciudadanos son musulmanes. La sharía dejaría de ser una rémora del pasado, que aún conservaba cierta presencia en el derecho privado y de familia turcos, para formar parte relevante del derecho común. Esta posibilidad era para el tribunal europeo un riesgo inasumible que podría poner en

peligro el orden democrático del país, ya que el Refah Partisi gozaba de una gran influencia y contaba con grandes posibilidades de acceder al poder. El tribunal concluía, por tanto, que debido al modelo de Estado que propugnaban sus dirigentes y su deseo de organizar la sociedad con arreglo a normas confesionales, la finalidad del partido era llevar a la sociedad turca hacia un régimen teocrático, lo que resultaría completamente contrario a los principios y valores del Convenio.

La opinión mantenida por el TEDH sobre la sharía ha influido considerablemente en la de los dirigentes políticos de la mayoría de los países europeos, y todas las cuestiones relativas al islam han sido tratadas reiteradamente por el tribunal desde la misma postura. Desde esta sentencia, el tribunal ha fijado una única interpretación de la sharía y el derecho islámico, lo que ha impedido mostrar su variedad dogmática y su heterogeneidad normativa. Se ha dado por hecho que cualquier cultura no occidental es simplemente inferior o incompatible con ella, lo que impediría cualquier posibilidad en el futuro de un entendimiento entre culturas y religiones (Malik, 2009: 117).

Los sistemas jurídicos de las minorías

Frente al uniformismo legal, un modelo que defiende la existencia un único ordenamiento jurídico en cada Estado, en los últimos años han surgido otras interpretaciones alternativas que propugnan el reconocimiento de una mayor pluralidad jurídica. Se trataría de dar cabida a los “sistemas jurídicos de las minorías” (Malik, 2012), es decir, las demandas de reconocimiento de algunas minorías étnicas para obtener un sistema normativo propio con el que constituir una jurisdicción particular. La idea de este modelo ya fue introducida, como ya se ha mencionado, en el discurso del antiguo arzobispo de Canterbury, cuando cuestionó el uniformismo legal⁸⁵ como una barrera normativa al reconocimiento público de las identidades y su confinamiento como hábitos o costumbres al ámbito de lo privado (Williams, 2008: 271). En opinión del antiguo arzobispo, el Estado de derecho no debería entenderse como la consagración de un modelo jurídico universal y abstracto, sino como la culminación de un espacio social de entendimiento accesible para todo el mundo, donde cada individuo pudiera afirmar y defender su propia dignidad independientemente de la comunidad a la que pertenezca o del modo de vida que practique. El Estado de derecho debería configurarse como una amalgama de las distintas formas en las que se constituye la dignidad humana y que optaron por relacionarse entre sí en un espacio político abstracto, pero sin renunciar a sus identidades (Williams, 2008: 272).

La opinión del arzobispo, por tanto, era favorable al reconocimiento de las particularidades normativas de las minorías étnicas, pero únicamente como complemento jurisdiccional del ordenamiento jurídico del Estado. No era partidario, por el contrario, del establecimiento de un sistema paralelo de justicia que pudiera operar fuera de la órbita estatal. Sí lo fueron, en cambio, las propuestas manejadas por algunas minorías religiosas o, para ser más exactos, algunas organizaciones religiosas (Bakht, 2005: 1), que tenían una concepción más atrevida del pluralismo cultural y

religioso en el mundo occidental⁸⁶. Las propuestas de estas asociaciones no eran nuevas⁸⁷, pero no llegaron a conocerse hasta que estalló la polémica tras los debates de la sharía. Lo que proponían desde siempre estas asociaciones era construir una jurisdicción personalizada con base en las normas religiosas de la comunidad que funcionara de forma paralela a la jurisdicción ordinaria o secular del Estado. Pero este intento de reconocimiento por parte de las instituciones no era constitutivo.

Como ya hemos mencionado, muchas minorías étnicas poseen un sistema normativo propio que se remonta a sus orígenes y que se ha consolidado dentro de la minoría sin la sanción de ningún organismo institucional externo. Por eso, el objetivo de estas minorías no era lograr una concesión institucional, sino el simple reconocimiento de un sistema jurídico ya existente en la práctica. Estos sistemas jurídicos se han ido configurando a lo largo del tiempo mediante normas creadas para regular aspectos de la vida cotidiana de la comunidad, adaptándolas a su condición social minoritaria. Son normas que han ido formando un cuerpo normativo consistente y compacto que, por lo tanto, dista de ser aleatorio. Y son normas que, en definitiva, han pasado a formar parte de la tradición legal de la minoría, por lo que su reconocimiento público solo serviría para su inclusión en el ordenamiento jurídico estatal y no para su eficacia.

Las minorías étnicas reivindican sus propios sistemas normativos por una cuestión de supervivencia. Contar con un ordenamiento jurídico propio es una opción estratégica fundamental para la perpetuación de la vida comunitaria. Sería un complemento definitivo para su subsistencia, ya que este tipo de sistemas depende de la voluntad de los miembros de la comunidad de someterse a sus normas. Suelen alimentarse de la conciencia personal, lo que define la intensa relación existente entre la fe y las normas en la conciencia individual⁸⁸ y, como consecuencia, la convergencia de la fe y las costumbres en muchos contextos (Williams, 2008: 278). En definitiva, son sistemas que suelen limitarse estrictamente a los miembros de la propia comunidad y a su preocupación por perpetuar las costumbres religiosas o culturales de la misma. A raíz de la libre adhesión individual y la fe aglutinadora, las normas que rigen una comunidad de estas características llegan a ser

consideradas como obligaciones de carácter prácticamente legal (Briones Martínez, 2014: 73) y su cumplimiento una muestra del deseo de pertenencia de sus miembros. Es lo que en derecho anglosajón se denomina “consensual compact”⁸⁹, una doctrina jurisprudencial que considera a las instituciones y reglas de las asociaciones voluntarias como normas de carácter vinculante por la mera adhesión a ellas de sus miembros. De esta manera, si los grupos religiosos son tratados jurídicamente por el Estado como asociaciones legales de carácter voluntario, se considera que todas las reglas e instituciones de esas asociaciones religiosas son vinculantes para todos los miembros que se hayan adherido a ellas voluntariamente (Douglas et al., 2011: 9 y 16). Por lo tanto, en el derecho anglosajón, los grupos religiosos son considerados solo como asociaciones de carácter voluntario, por lo que la fuerza vinculante de sus normas únicamente proviene del convencimiento de sus miembros y de su adhesión normativa en torno a una fe compartida. El derecho anglosajón dota de esta manera de rango legal a las reglas e instituciones de los grupos religiosos. Compartiendo una misma fe o doctrina, los miembros de un grupo religioso consiguen cierta autonomía normativa sobre las reglas que rigen la práctica cotidiana de la comunidad, así como el reconocimiento de las decisiones de sus instituciones o de las cuestiones contractuales que se hubieran pactado previamente por miembros de la comunidad (Cox, 2004: 48), teniendo como límite los derechos civiles o la autoridad secular del Estado.

Los sistemas jurídicos de las minorías se componen, por tanto, de un conjunto de normas que regulan el comportamiento y las relaciones personales entre los miembros de la misma, además de los mecanismos institucionales para crear, aplicar y exigir el cumplimiento de esas normas (Malik, 2012: 23). Dentro de estos sistemas jurídicos podemos diferenciar entre las normas legales, por un lado, y los órdenes legales, por otro. Las primeras contienen el grupo de normas que regulan la interacción social de los miembros de la minoría; los segundos incluyen los mecanismos institucionales que las aplican. En el contexto de las minorías religiosas, las normas legales son aquellas reglas de convivencia de grupos sociales semiautónomos (Moore, 1973) que, en torno a una fe compartida, contienen la fuerza vinculante suficiente para ser obedecidas por sus miembros. En una sociedad diversa pueden existir, por tanto,

diferentes órdenes jurídicos cuyas normas compiten por el grado de vinculación de los miembros de esa sociedad. Aunque el Estado posee el orden jurídico más importante por su significado simbólico y su capacidad coercitiva, la presencia de estos sistemas jurídicos de las minorías demuestra la existencia de una situación de pluralismo jurídico de base religiosa.

Los órdenes legales, por el contrario, no tienen una constitución normativa, sino institucional. Están compuestos por los mecanismos necesarios para aplicar o imponer las normas legales de una determinada minoría. Pero, a diferencia del ordenamiento jurídico del Estado, los sistemas jurídicos de las minorías no gozan de mecanismos institucionales centralizados con los que poder imponer un determinado comportamiento. Al carecer del monopolio coercitivo para imponer sus normas, han tenido que desarrollar una autoridad de naturaleza fluida que compite por la subordinación de sus miembros frente al resto de sistemas normativos que se superponen sobre el individuo y que pugnan por su obediencia. De este modo, los sistemas jurídicos de las minorías han tenido que desarrollar una capacidad coercitiva que se sostiene mediante una relación de reciprocidad con sus miembros: los individuos se someten a sus normas para demostrar su voluntad de adhesión y las instituciones sobreviven gracias a esa necesidad de cumplimiento normativo de sus miembros.

La confluencia, por tanto, de las normas y los órdenes legales le confiere al sistema jurídico de la minoría dos rasgos fundamentales (Malik, 2012: 23): en primer lugar, una sustantividad normativa con la que consigue diferenciarse del resto de normas generales del ordenamiento jurídico del Estado para terminar conformando un código moral de comportamiento; en segundo lugar, una coherencia institucional suficiente para ejercer una autoridad normativa a través de la interpretación y la aplicación de sus normas. Gracias a estos dos aspectos, el sistema jurídico de la minoría logra alcanzar una entidad suficiente para conseguir de sus miembros un grado de sometimiento normativo que, en algunas situaciones, compite con el ordenamiento jurídico del Estado. La relación entre ambos sistemas es de competencia normativa, pero la capacidad coercitiva del sistema jurídico de la minoría está claramente supeditada a la del Estado, si bien, en el grado de legitimidad, la disputa resulta en

algunos aspectos más pareja. Pese a la soberanía normativa y el monopolio coercitivo del Estado, algunos de aspectos de los sistemas jurídicos minoritarios regulan cuestiones muy importantes de la vida comunitaria, por lo que su interiorización normativa puede resultar mucho mayor que algunas normas del ordenamiento jurídico del Estado. Por esta razón, y a pesar de las asimetrías entre ambos sistemas, la confianza estructural en el uniformismo legal no puede lograr un control absoluto de la conducta normativa de todos los individuos de una sociedad culturalmente diversa. Debemos plantearnos la posibilidad de aceptar la existencia de otros sistemas que pueden llegar a desarrollar una adhesión normativa similar.

El pluralismo jurídico de base religiosa

El establecimiento de jurisdicciones alternativas de base étnica genera para cualquier Estado moderno muchos problemas de reconocimiento y legitimidad sobre su funcionamiento, además de posibles incompatibilidades con algunos derechos individuales definidos como universales. Adicionalmente, hemos visto que tampoco es fácil para ningún Estado reconocer la competencia de otros sistemas jurídicos o aceptar la existencia de un pluralismo jurídico en su territorio. Para las minorías religiosas, en cambio, semejante reconocimiento supondría afianzar su posición frente a otras formas de identidad colectiva, o simplemente, un mayor grado de autogobierno frente a posibles injerencias del Estado en sus asuntos. Sea como fuere, obtener una mayor autonomía jurídica para una minoría religiosa significa en realidad lograr una verdadera soberanía sobre una comunidad de creyentes (Gaudreault-DesBiens, 2005a: 21). Esta posibilidad existe porque, al reconocerle a las minorías religiosas un sistema jurídico propio, se les estaría facilitando la creación toda una serie de instituciones para ejercer un determinado tipo de autoridad sobre un segmento de la población (Gaudreault-DesBiens, 2005: 164). Esto plantea dos grandes problemas: primero, que el reconocimiento de una jurisdicción propia se tuviera que constituir sobre un criterio personal, es decir, sobre la base de una ley personal; y el segundo, dejar en manos de una autoridad religiosa las decisiones judiciales sobre una determinada materia podría afectar a los miembros más vulnerables de la minoría.

Los estatutos o leyes personales fueron modelos jurídicos que tuvieron un protagonismo en la época colonial. Durante este periodo, la metrópolis permitía que, sobre todo en cuestiones relacionadas con la familia, los grupos étnicos se autorregularan siguiendo sus propias costumbres y normas religiosas (Shah, 2005: 90). El Estado apoyaba esta situación como una forma práctica y eficaz de gestionar la diversidad cultural y jurídica de las colonias,

reconociendo las consecuencias jurídicas que se producían bajo la aplicación de tales normas, pero afirmando siempre su superioridad frente al resto de sistemas jurídicos que consideraba subordinados. En el contexto colonial existía, por tanto, un pluralismo jurídico de carácter débil⁹⁰, que se organizaba en torno a una ley o estatuto personal en función de una adscripción étnica o religiosa, lo que otorgaba un estatus semiautónomo a las comunidades étnicas (Menski, 2006). Todo comenzó a cambiar tras la descolonización, cuando muchos habitantes de las colonias decidieron trasladarse a la antigua metrópolis, produciendo una “colonización a la inversa” (Ballard et al., 2009: 9). Tras años de asentamiento de comunidades formadas por estos inmigrantes, algunas organizaciones religiosas comenzaron a tomar conciencia jurídica de sí mismas e intentaron proponer al Estado la aplicación de algunas de sus normas en la regulación de las relaciones entre los miembros de su comunidad. Estas nuevas demandas de autorregulación trataron de legitimarse sobre la base de las antiguas prácticas coloniales, solo que esta vez el contexto de la reivindicación se desarrollaba en el territorio de la propia metrópolis.

Las primeras demandas de autorregulación se produjeron en Reino Unido en los años setenta de la mano organizaciones musulmanas conservadoras, que propusieron la aplicación de algunas normas basadas en la sharía para los musulmanes residentes en territorio británico (Menski, 2006a: 25). Lo que pretendían estas organizaciones era que, para determinadas cuestiones de derecho de familia, no fuera la ley inglesa la que se tuviera que aplicar, sino algunos preceptos de la sharía relacionados con esta materia. En el contexto colonial, la metrópolis permitía la aplicación de la sharía en el ámbito privado al ser parte de un conjunto de normas arraigadas desde mucho antes de la aparición del Estado colonial. Sin embargo, la base de legitimación de las reivindicaciones de estas minorías en la metrópolis apelaba a un principio diferente. Cuando solicitaron el reconocimiento de un estatuto personal para los miembros de su comunidad lo hicieron demandando una ampliación del derecho de libertad religiosa, que las comunidades musulmanas entendían como un derecho a ordenar la vida privada de una manera más acorde con las creencias religiosas (Büchler, 2011: 83).

Al principio, muchas de estas normas de carácter religioso eran observadas y aplicadas de manera interna y sin ningún tipo de reconocimiento oficial. Su fuerza normativa, como hemos señalado, se apoyaba sobre todo en un sentimiento religioso compartido. Con sus reivindicaciones, las minorías religiosas querían consolidar su fuerza normativa y conseguir del Estado su reconocimiento e institucionalización, convirtiendo en oficial unas normas que habían alcanzado validez en la práctica. De este modo, las comunidades religiosas mostraban también su predisposición a formar parte del sistema establecido de garantías jurídicas. La transformación jurídica de las normas de estas comunidades religiosas, su reconocimiento oficial por parte del Estado, debería ayudar a establecer unos determinados estándares normativos y evitar que, ante la falta de una autoridad oficialmente designada, se terminase repitiendo la interpretación de las mismas normas. Su oficialización, por el contrario, las sometería al escrutinio jurídico de las instituciones formalmente designadas y establecería los órganos interpretativos oficiales para excluir las imposturas normativas (Thomson, 2004: 2).

Apostar por un modelo de ley o estatuto personal tiene sus ventajas. A las minorías religiosas, como hemos visto, les permite un mayor grado de autonomía para resolver conforme a sus reglas los conflictos que puedan surgir entre sus miembros. Pero también le permite al Estado adoptar una concepción más moderna del derecho de familia, admitiendo la multiculturalidad de las sociedades y permitiendo una mayor conexión de los individuos con sus referencias culturales. Por otro lado, también existen desventajas evidentes (Büchler, 2011: 84 y ss.). La primera es que, si se permite la existencia de conexiones normativas para las minorías religiosas en función de la ley personal, se multiplicaría el número de fuentes normativas en tantas autoridades jurídicas como confesiones religiosas interesadas existiesen. Esta situación, además, podría generar un problema añadido. Cualquier confesión religiosa está internamente atravesada por una pluralidad de normas y costumbres diferenciadas según el contexto donde se han desarrollado, por lo que existen diferentes interpretaciones de las mismas. Si el Estado reconociera determinadas normas atendiendo a criterios personales, estaría obligando a las minorías religiosas a reorganizar e institucionalizar todo un sistema de normas y

costumbres constituidas por la práctica. Esto quizá terminase otorgando una falsa apariencia de homogeneidad a una confesión religiosa. En el caso del islam, este problema resulta evidente si tenemos en cuenta la división entre suníes y chiíes o las diferentes interpretaciones del derecho islámico por las distintas escuelas jurídicas. En este proceso de conversión institucional, por tanto, la imposición de una serie de leyes o estatutos personales, más que ayudar a respetar la diversidad cultural y religiosa, podría acabar restringiendo la pluralidad de su organización social. Otro problema añadido es que el sistema jurídico acabaría siendo demasiado rígido. Toda norma, tenga carácter religioso o no, puede variar a lo largo del tiempo según la interpretación que le den las autoridades e instituciones encargadas de aplicarla en un momento específico. Pero si esas mismas autoridades consiguen fijar sistemáticamente una determinada interpretación normativa, podría frenarse la evolución adaptativa del propio sistema normativo y quedar fijada una interpretación concreta. Si en el proceso de institucionalización, por tanto, no se exige a las autoridades religiosas que actúen conforme a las debidas prácticas de independencia, transparencia, representatividad y legitimidad, podrían intentar validar una interpretación concreta que les ayudara a retener el control de la autoridad normativa para perpetuarlo dentro de la comunidad. Es decir, algunas autoridades religiosas podrían estar interesadas en imponer una interpretación más ortodoxa de las normas para conseguir un mayor control dentro de la comunidad e ignorar, en cambio, las posibles adaptaciones al nuevo entorno normativo en la diáspora. Esto haría que algunas normas, únicamente por el afán de autoconservación de la élite religiosa, quedaran permanentemente fijadas, con el riesgo de que muchas de ellas resulten incompatibles con los derechos y libertades de la sociedad de acogida. De alguna manera habría que preservar el carácter adaptativo de las prácticas y costumbres informales e intentar que conservaran su flexibilidad gracias a la constante negociación de su contenido por los miembros de la comunidad⁹¹.

El segundo problema aparece cuando, al estructurar el derecho de familia de un modo plural a través de los estatutos personales, la multiplicación de las identidades y de los sistemas jurídicos puede acabar afectando a la cohesión social. Este problema genera dos complicaciones fundamentales. Por un lado, la multiplicación

normativa pone en peligro la cohesión social a falta de una verdadera unidad jurídica o legal. Gracias a que el Estado es la única fuente de autoridad, las garantías legales y procesales existen porque existe una concepción unitaria y homogénea de la ley que se aplica por igual a todos los individuos. Gran parte de la cohesión democrática de los actuales Estados-nación depende de una conciencia jurídica compartida y de una comprensión legal común (Büchler, 2011: 87) que ayudan a imaginar una pertenencia a través del sometimiento a unas mismas normas. Pero si se permite la multiplicación de los sistemas normativos con base en los estatutos personales y se reconoce la existencia de un pluralismo jurídico de carácter religioso, los sistemas jurídicos variarían de una comunidad étnica a otra, produciéndose diferencias sociales y jurídicas evidentes, lo que afectaría a la integración más allá de la propia comunidad y podría conducir a la desintegración social y a la promoción de sociedades paralelas o guetos jurídico-culturales.

Otra complicación para la cohesión social aparece cuando el exceso de diversidad jurídica acaba produciendo, parafraseando a R. Putnam, un “apoltronamiento” (hunker down) jurídico (Putnam, 2007)⁹². La existencia de diversos sistemas jurídicos, uno para cada minoría religiosa, acabaría formando grupos semiautónomos jurídicamente compactos que poco a poco dejarían de compartir una conciencia jurídica común más elevada basada, sobre todo, en valores seculares. Se acabaría imponiendo así un modelo de “multiculturalismo de millet” (Appiah, 2005: 71) que haría retroceder el poder jurídico del Estado permitiendo la autocracia normativa de cada una de las confesiones religiosas⁹³. Como consecuencia, si entendemos que la cohesión social se forma por comportamientos y actitudes cooperativas, una mayor polarización normativa de cada una de las confesiones religiosas acabaría gradualmente con las normas jurídicas compartidas, reduciendo los puntos de conexión jurídica entre los diferentes grupos étnicos. La multiplicación de sistemas normativos en función de la adscripción étnica o religiosa dejaría al Estado con un poder aglutinador menor, al ver afectada su autoridad jurídica, por lo que su ordenamiento legal dejaría de constituir una referencia normativa neutral para toda la sociedad. La falta de actitudes y comportamientos jurídicos comunes entre los diferentes grupos étnicos reduciría los puntos de conexión necesarios para poder constituir una verdadera cohesión

social desde una base jurídica común. Por esta razón, el Estado ha querido reafirmar siempre la exclusividad de su sistema jurídico y evitar la multiplicación normativa, aun cuando el resto de los sistemas jurídicos acepten su subordinación⁹⁴.

A diferencia del modelo colonial, en el que el Estado permitía la reproducción jurídica de todos los grupos étnicos y aplicaba su propio ordenamiento jurídico únicamente para cuestiones de orden público, en el actual contexto poscolonial el Estado no está dispuesto a perder el poder de su exclusividad jurídica. La sociedad colonial que administraba no constituía una parte fundamental de la legitimación de su existencia. Al ser una sociedad administrada, no estaba integrada por su propia matriz social, por lo que el Estado colonial podía permitir la existencia de diferentes sistemas etnojurídicos subordinados. Ahora, en el contexto poscolonial, la reivindicación de sistemas normativos basados en los estatutos personales se realiza dentro del propio ámbito del Estado, desde la base social de la que extrae su legitimidad, por lo que su multiplicación terminaría afectando a la cohesión social fragmentando las normas jurídicas de referencia común. Este es el principal motivo por el que todo planteamiento que pueda afectar a la unidad jurídica del Estado suela ser rechazado, ya que si la lealtad jurídica se fragmenta, la autoridad del Estado terminaría quedando en entredicho por la falta de adhesión normativa (Barzilai, 2008).

El último problema que el reconocimiento del pluralismo jurídico plantea está relacionado con el posible conflicto entre los derechos colectivos de las minorías y los derechos individuales de sus integrantes. Los derechos de grupo en relación con el reconocimiento de los estatutos personales presentan muchos problemas conceptuales para el derecho privado tanto nacional como internacional, donde se conciben los derechos desde una perspectiva individual. Pero en esta ocasión la preocupación no proviene tanto de la posible instauración de un sistema paralelo de justicia con consecuencias desintegradoras para la cohesión social, sino de los posibles efectos que pudiera tener un segregacionismo jurídico sobre determinados miembros del grupo étnico. Si se estableciera una jurisdicción paralela en un mismo territorio político-administrativo, podría constituirse un perímetro jurídico-

cultural impenetrable para los derechos fundamentales, pudiendo quedar muchos miembros de esa minoría fuera de su protección por razones identitarias. Esta situación daría lugar, más que a una jurisdicción multicultural que reflejara la diversidad jurídica, a un gueto jurisdiccional en el que determinados miembros del grupo étnico verían afectados sus derechos, sobre todo respecto a la igualdad de género o el respeto a la autonomía personal, estableciéndose con toda probabilidad un régimen jurídico diferenciado para hombres y mujeres (Baer, 2010). Si el Estado llegara a reconocer una jurisdicción paralela por motivos étnicos, podría llegar a producirse, como señalamos en capítulos anteriores, la “paradoja de la vulnerabilidad cultural” (Shachar, 2002), que aparece cuando el Estado, al tratar de acomodar las diferencias étnicas mediante el reconocimiento de derechos diferenciados, acaba provocando situaciones de desigualdad entre algunos de los miembros más vulnerables de los grupos en cuestión. El apoyo estatal a una “diversidad privatizada” (Shachar, 2008), por tanto, terminaría provocando dos consecuencias inmediatas sobre algunos miembros de los grupos minoritarios. Por un lado, se acentuaría la vulnerabilidad de aquellos sobre los que recae una mayor responsabilidad en la conservación de la identidad colectiva del grupo: las mujeres, como reproductoras de la comunidad, y los niños como miembros en formación de la misma. Por otro lado, algunos miembros de la comunidad verían reducida su autonomía por la aplicación de un estatuto personal que podría limitar su margen jurídico de actuación. La denuncia, fuera de la comunidad, de la vulneración de sus derechos fundamentales conllevaría el riesgo de verse desplazados dentro de la misma y condenados al ostracismo o la expulsión.

Para las cuestiones relacionadas con la familia, muchos grupos étnicos han utilizado las normas que regulan el matrimonio, el divorcio o la filiación como herramientas de pertenencia y exclusividad frente a los demás. La función del derecho de familia, como hemos visto, cumple con el objetivo de demarcar jurídicamente los requisitos de pertenencia de los miembros de la comunidad, estableciendo las formas legítimas de celebración del matrimonio, de su extinción o las maneras en las que se transmite la filiación, quedando fuera todas aquellas formas que no cumplan con los requisitos de sus normas y careciendo, por tanto, de toda

legitimidad dentro de la comunidad. En estos casos, el pluralismo jurídico que se constituye con el establecimiento de una jurisdicción paralela o suplementaria suele hacerse mediante el reconocimiento de los códigos jurídicos de derecho familiar y privado, es decir, los estatutos personales, que pasan a ser administrados por las autoridades de los grupos etnorreligiosos y sus instituciones, quedando, no obstante, ligados al resto las normas civiles y penales comunes que se reserve el Estado (Benhabib, 2006: 158). De esta manera, el Estado permite que las autoridades comunitarias puedan regular algunos aspectos importantes de la esfera privada de las personas, reservándose para sí el dominio de la esfera pública y algunas cuestiones privadas no reguladas por las citadas autoridades. Esta dualidad jurídica permite que los grupos etnorreligiosos obtengan cierta autonomía normativa frente al Estado.

El reparto de las competencias jurisdiccionales entre la esfera pública y privada y entre el Estado y los grupos etnorreligiosos ha llevado a algunas feministas liberales a advertir sobre la importancia de lo doméstico en la construcción étnica de la comunidad (Okin et al.: 1999). En estos casos, los roles de género suelen coincidir con las relaciones de poder en la vida personal y sexual, de gran importancia en el desarrollo ontogenético de los individuos y en la perpetuación de la identidad comunitaria. Dejar, por tanto, un amplio margen de regulación a las minorías podría determinar las formas de actuación y comportamiento de los miembros de la comunidad en la esfera pública y condicionar el grado de igualdad de las mujeres en la sociedad en general. Por esta razón, las críticas feministas han denunciado que todas las propuestas teóricas que se han realizado sobre el pluralismo jurídico se han articulado ignorando por lo general los problemas de género, permitiendo la preservación de roles familiares tradicionales y determinadas concepciones de género muy arraigadas. Si se reconociera un tipo de jurisdicción multicultural específica para las minorías con creencias antiliberales, se acabaría profundizando aún más la brecha de género e, incluso, se conseguiría un respaldo institucional para la misma. Por todo ello, sigue sosteniendo esta crítica, las minorías étnicas y religiosas suelen estar más interesadas en la obtención de determinados derechos colectivos que en la protección de la autonomía individual

de sus miembros, lo que acaba repercutiendo claramente en los derechos las mujeres. Semejantes concesiones permitirían concebir a las mujeres y sus cuerpos como “sitios simbólico-culturales sobre los que las sociedades humanas inscriben su orden moral” (Benhabib, 2006: 148), perpetuando las costumbres e ideologías más tradicionalistas sobre el género. Sin embargo, esta circunstancia es en ocasiones inevitable, porque “la mayoría de las culturas son patriarcales y muchas (aunque no todas) de las minorías culturales que reivindican derechos como grupo son más patriarcales que las propias culturas en las que están inmersas” (Okin, 1999: 17). Puede ocurrir, por tanto, que junto con las reivindicaciones culturales se incluyan normas e instituciones estructuralmente opresivas para las mujeres, que acaban siendo silenciadas cuando las demandas de autorregulación priorizan las reivindicaciones de la comunidad sobre las del individuo.

Las críticas de las feministas liberales señalan los problemas estructurales para mantener un equilibrio entre el reconocimiento de derechos colectivos y la protección de los derechos individuales. Pero estas críticas mantienen a menudo una imagen estereotipada de las culturas minoritarias, y pocas veces entran a analizar los cambios que han sufrido en contacto con otras culturas. Esto se debe a que estas críticas están dominadas por los discursos del liberalismo dominante (Al-Hibri, 1999). Lo cierto es que muchas culturas han experimentado importantes procesos de resignificación y reinterpretación de sus propios postulados gracias, sobre todo, a las propias mujeres. Es, por tanto, perfectamente imaginable defender desde entornos culturales heterogéneos un discurso normativo fundado sobre una base intercultural y transformativa que persiga intenciones modernas a partir de una base tradicional. Utilizar las cuestiones de género para demonizar a otras culturas suele ser un recurso recurrente de muchos discursos críticos hacia el reconocimiento cultural (Phillips, 2007: 2). Es una manera fácil de deslegitimizar ciertas reivindicaciones de los grupos minoritarios, a los que se desprestigia acusándolos de ser patriarcales y poco respetuosos con los derechos de las mujeres. Ante estos discursos, la sociedad reacciona negativamente hacia cualquier propuesta de reconocimiento cultural de las minorías y termina exigiendo la intervención del Estado para evitar y corregir alguna situación injusta a la que se vean sometidos algunos integrantes de la

comunidad. Pero no siempre es fácil determinar el perjuicio producido sin recurrir a valoraciones esencialistas basadas en prejuicios culturales. Por esta razón, el reconocimiento del sistema jurídico de una minoría o el establecimiento de una jurisdicción propia para ellas debe tener en cuenta dos premisas. La primera, como hemos dicho, no caer en prejuicios esencialistas que demonicen de antemano las normas de un determinado grupo étnico. Es preciso estudiar las dinámicas jurídicas que se crean en todo sistema normativo para alcanzar una decisión justa, aunque se base en criterios diferentes de justicia. La segunda, graduar el impacto que puedan tener determinadas decisiones amparadas por esa jurisdicción étnica midiendo el alcance del posible daño que pueda sufrir quienes deban acatarlas.

Teniendo en cuenta estas dos premisas será más fácil realizar un examen de los posibles daños que pueda ocasionar el reconocimiento de determinadas normas culturales y su aplicación en una jurisdicción étnica. Pero determinar el daño no resulta fácil, y muchas veces dependerá de la perspectiva normativa que adoptemos, según sea desde la óptica del individualismo o desde la tolerancia. De hecho, sería conveniente abandonar cualquier perspectiva comprensiva del daño y adoptar una solución más práctica y estratégica. Es decir, a diferencia de las críticas de las feministas liberales, o de otras bajo una perspectiva comprensiva que se empeñe en dar una solución normativa, el reconocimiento de las normas culturales necesita fundamentalmente una solución pragmática (Deveaux, 2006). La categorización reglada de las posibles consecuencias dañinas y su obligada resolución puede ser, por ejemplo, una manera práctica de fijar ex ante los límites normativos de cualquier sistema normativo. Por eso, si lográramos incorporar un decálogo de daños significativos al pacto de reconocimiento institucional de los sistemas jurídicos de las minorías (Malik, 2012: 30), muchos de los actos o de las normas que buscan reconocimiento quedarían definidos antes de ser aplicados. Sería algo así como acudir a un código de buenas prácticas que serviría a los interesados para analizar el alcance del posible reconocimiento de una práctica cultural determinada.

No obstante, la confección de un decálogo de buenas prácticas o de límites al reconocimiento no puede llegar a ser, en mi opinión, la

herramienta definitiva que opere como protección preventiva frente al daño de cualquier práctica cultural o religiosa. Lo normal no es que alguien tome como referencia un catálogo de buenas prácticas y compare la adecuación del acto cultural que intenta hacer valer y, una vez comparado, decida o no llevar a cabo esa práctica. Tampoco existe un punto cero de referencia por el cual podamos identificar el nacimiento concreto de una práctica y su aplicación en un momento determinado. Las prácticas culturales surgen de una manera socialmente espontánea, a veces fruto de la confluencia de muchos factores que determinan la apertura de una ventana de oportunidad en la que, súbitamente, la sociedad es consciente de la existencia de nuevas formas culturales. Por esta razón, cualquier medida que intente confeccionarse como la más adecuada y que tenga en cuenta tanto al actor como al receptor de la práctica, así como el entorno social que la legitima, tendrá que someterse a una valoración a posteriori. A falta de un verdadero acuerdo sobre los límites de la aplicación de una práctica cultural entre los poderes públicos y los grupos étnicos y religiosos que buscan su reconocimiento, la valoración sobre su idoneidad quedará supeditada a los jueces y tribunales, que son quienes terminan decidiendo sobre la viabilidad de una práctica cultural con base en las normas existentes. Lo difícil será determinar si la decisión se ha realizado mediante razonamientos jurídicos culturalmente desapasionados y realizando un esfuerzo interpretativo a la altura de las complejidades sociales actuales. No hay una fórmula perfecta para resolver todos los posibles conflictos que surgen del reconocimiento de una práctica cultural concreta (Renteln, 2004: 218). Únicamente es posible el análisis de la situación caso por caso, teniendo en mente los valores de la sociedad en la que se intentan insertar, pero también los cambios sociales que se están experimentando.

Capítulo 4

HACIA NUEVOS MODELOS DE INTEGRACIÓN NORMATIVA

Desde un punto de vista institucional, es difícil que cualquier Estado moderno llegue algún día a reconocer un sistema jurídico particular o una jurisdicción exclusiva a las minorías étnicas. La respuesta institucional más frecuente ha sido afirmar la uniformidad del ordenamiento jurídico estatal y descartar cualquier posibilidad de un pluralismo jurídico en el territorio. Pero existen otras alternativas que son posibles, aunque sean vistas con recelo. Más allá del uniformismo legal, por lo tanto, puede darse un modelo en el que se reconozca una jurisdicción para las minorías y no exista intervención del Estado, lo que establecería un sistema jurídico de carácter paralelo. Es posible también, como hemos visto, que se terminen reconociendo ciertos derechos a las minorías y se les permita adscribirse a un sistema personal de justicia para aplicarlo a ciertas cuestiones delegadas. Ambas posibilidades son las que hemos analizado hasta el momento, pero no son las únicas. Existen modelos intermedios que tratan de integrar ambos extremos, aunque de diferentes maneras. Uno, a través de un acomodo normativo de mutua transformación. Y otro, mediante una adscripción cultural voluntaria, con la cual se llega a reconocer la dualidad jurídica y cultural de muchas personas.

De todos estos posibles modelos, hasta ahora únicamente hemos visto tres. En primer lugar, una respuesta uniformista es la más deseada por los Estados por evitar complicaciones jurídicas y normativas, sobre todo en lo que respecta a los derechos individuales o la legitimidad de las autoridades religiosas para elaborar normas jurídicas. Pero hemos visto también que no es una medida realista y que es profundamente ideológica. A pesar de todos los intentos por impermeabilizar jurídicamente a la sociedad, el Estado debe reconocer que la sociedad global y los individuos que la integran tienen múltiples conexiones jurídicas más allá de sus competencias. Como alternativa, la iniciativa de algunas minorías religiosas ha introducido algunas propuestas alternativas a un excesivo uniformismo legal con el fin de reconocer la existencia de situaciones jurídicas complejas que responden a cuestiones identitarias, pero también para resolverlas de una forma

pragmática. Algunas de estas propuestas pretenden instaurar una jurisdicción semiexclusiva como complemento jurisdiccional al sistema jurídico principal, es decir, del ordenamiento jurídico del Estado. La forma que han tomado estas propuestas es diversa y va desde el reconocimiento de una jurisdicción basada en una ley personal para cuestiones de carácter civil sobre todo, pero más específicamente de derecho de familia, o la concesión de determinados réditos jurisdiccionales a través de órganos alternativos de resolución de conflictos, como los tribunales de arbitraje, para que apliquen una normativa específica por motivos identitarios.

Ambas respuestas, la uniformista y sus alternativas, se basan en una postura institucional concreta y en una determinada manera de entender las relaciones del Estado con los grupos étnicos. La respuesta uniformista se sostiene sobre un modelo institucional basado en una interpretación estricta de la separación entre el Estado y la religión que podríamos denominar modelo secular absolutista (Shachar, 2001: 72), y que es dominante en la mayoría de los países occidentales. Bajo este modelo, el Estado mantiene el monopolio interpretativo de las leyes y de los modelos de familia para promulgar y aplicar todas aquellas normas necesarias para regular su creación y disolución. Con ello se mantendría, por lo tanto, un monopolio absoluto sobre las normas civiles del derecho personal y de familia. Los códigos civiles y los órganos judiciales mantendrían una relación directa con el ciudadano y cualquier celebración de carácter religioso no tendría validez hasta que no fuera directamente validada por el Estado a través de acuerdos específicos con las confesiones religiosas o a través de los órganos judiciales. De esta manera, las autoridades religiosas podrían obtener ciertas competencias formales sobre la celebración de determinados negocios jurídicos como el matrimonio, actuando como delegados del Estado. Pero cualquier aspecto relacionado con cuestiones nucleares, como la edad para poder casarse, la determinación de la filiación o la regulación de la patria potestad, quedarían bajo control estatal. El Estado, por tanto, respetaría la carga simbólica de cualquier norma cultural o religiosa siempre y cuando se ajustara a su propio ordenamiento jurídico. Mediante la aplicación de este modelo estrictamente secular, todos los derechos individuales quedarían completamente garantizados bajo la

protección directa de los poderes públicos, especialmente los de aquellos ciudadanos más expuestos a recibir algún tipo de discriminación. Los derechos de las mujeres a nivel individual estarían garantizados, pero a nivel colectivo el Estado no podría hacer nada por cambiar las desigualdades de género en el seno de las minorías. El derecho de “salida” u otras medidas similares de protección de los miembros más expuestos quedarían totalmente garantizados, pero cualquier recurso a reparar una situación de discriminación directamente a través de los poderes públicos, sin ninguna participación de los grupos étnicos, tendría un coste social muy elevado, con el consiguiente peligro de sufrir el ostracismo dentro de la comunidad.

Las alternativas al uniformismo legal procurarían, en cambio, dar algún tipo de protagonismo y participación a las confesiones religiosas. Todas ellas se incluirían en una opción que podríamos denominar modelo de particularismo religioso (Shachar, 2001: 78), que dotaría de una mayor autoridad jurídica a los grupos religiosos para aplicar sus propias normas. El Estado les otorgaría más competencias para regular algunos aspectos del estatuto personal de los miembros de la comunidad, como los relativos al matrimonio, el divorcio, la custodia de los hijos, la adopción, el régimen matrimonial, la herencia, etc., y dispondrían de tribunales propios para dirimir sobre cualquier problema relacionado con el derecho de familia. Sería, por tanto, un modelo que daría una fuerte importancia a la ley personal de los individuos según su adscripción grupal y que, a la postre, podría ir generando entendimientos transculturales entre sistemas jurídicos de distinta naturaleza. En la relación del Estado con los grupos étnicos, y con la delegación de algunas competencias normativas, se podrían crear espacios donde lo público y lo privado se confundirían, al quedar asumida la gestión normativa y jurisdiccional en las mismas autoridades étnicas.

Pero el problema de este modelo es que las transferencias competenciales a las minorías religiosas pondrían de nuevo a las mujeres en una situación complicada, ya que el Estado estaría reconociendo jurídicamente un trato desigual hacia ellas por su adscripción religiosa (Shachar, 2001: 61). Con una jurisdicción particular para las minorías, las mujeres accederían a los tribunales

en condiciones distintas y bajo una normativa diferente, lo que podría dar lugar a situaciones de desigualdad. Al no tener que aplicar el mismo cuerpo normativo que el resto de la sociedad, los tribunales religiosos podrían aplicar normas que generasen situaciones esencialmente desiguales para las mujeres de la minoría religiosa. Y frente a estas desigualdades, además, las mujeres no podrían hacer prácticamente nada. Al pertenecer a un grupo étnico concreto que disfrutase de un control normativo propio, las normas culturales estarían por encima de muchas de las normas externas al grupo, entre las cuales podrían estar todas aquellas que protegieran derechos individuales concretos de las mujeres y que hubieran sido fruto de las conquistas de los movimientos en defensa de sus derechos. En estas situaciones, el derecho de salida vuelve a ser prácticamente inútil e insatisfactorio si la persona en cuestión no quiere asumir un alto coste personal, puesto que nunca va acompañado de ninguna medida compensatoria para mitigar el impacto de la salida del grupo. Este modelo se presenta, por tanto, como una manera indirecta de apoyar institucionalmente escenarios en los que pueden darse con toda probabilidad situaciones culturales de vulnerabilidad. Con la falta de control del Estado sobre las normas aplicables y sus consecuencias, se acabaría reforzando el poder de las autoridades étnicas, pudiendo el Estado llegar a convertirse en cómplice de las interpretaciones normativas de las élites más conservadoras.

Este modelo alternativo tampoco conseguiría solucionar, por otro lado, el miedo a la pérdida de la cohesión social por apoyar la existencia de otro tipo de jurisdicciones. No existe una apuesta institucional concreta que exija una transformación, al menos paulatina, de las normas étnicas hacia su modernización y armonización con el resto del entorno normativo. Sin una clara apuesta por la creación de formas institucionales compartidas en las que diferentes normas sobre los mismos aspectos traten de entenderse y acoplarse mutuamente, se terminará creando desigualdades normativas cada vez más acentuadas por la necesidad de las autoridades religiosas de definirse frente al resto de la sociedad y retener un mayor control normativo de su propia comunidad. La diferenciación normativa sería, por tanto, cada vez más pronunciada, y los posibles puentes de entendimiento entre las minorías y el resto de la sociedad serían cada vez más frágiles.

Como consecuencia, los grupos étnicos podrían terminar aislándose gradualmente como mecanismo de protección frente a una posible asimilación y el resto de la sociedad podría permitir que creasen guetos normativos como una manera de apartar e invisibilizar un problema de integración normativa.

El reconocimiento de una jurisdicción propia para las minorías a través de la aplicación de los estatutos personales no logra, por tanto, satisfacer las demandas garantistas de los Estados occidentales y plantea más inconvenientes que ventajas (Cumper, 2014). No fomenta, por un lado, un verdadero debate interno en las minorías sobre el acomodo de sus normas a un nuevo contexto social. La ausencia de procesos deliberativos a este respecto evidencia la necesidad que tienen las élites comunitarias de perpetuar su poder a través de una interpretación estricta de las normas y del acceso a la membresía, lo que dificulta una verdadera crítica introspectiva. Las dinámicas normativas intragrupales suelen ser muy reactivas frente a cualquier injerencia externa y temen que su identidad pueda terminar diluida en la sociedad mayoritaria, por eso existe un amplio recelo ante cualquier propuesta deliberativa que les empuje a redefinir sus normas. Al final, el tipo de normas para las que pretenden el reconocimiento casi siempre aparece como una reacción defensiva frente a cualquier injerencia o sospecha de asimilación (Ahmed y Luk, 2011). El sistema jurídico de la minoría se termina así anquilosándose y es incapaz o refractario a adaptarse al nuevo contexto social que le rodea. De este modo, en vez de evolucionar normativamente de forma paralela a los cambios que experimenta la sociedad mayoritaria, estos sistemas comunitarios, al igual que las propias fronteras culturales y religiosas, terminan fosilizándose en un momento determinado de su historia, impidiendo una necesaria y constante revaluación normativa. El reconocimiento de una jurisdicción para una minoría que se base únicamente en los estatutos personales no parece, pues, la opción más satisfactoria desde un punto de vista liberal. La falta de adecuación normativa al contexto hará recaer sobre los sectores más vulnerables el peso normativo de la diferencia, afectando de nuevo a los derechos de las mujeres (Bano, 2000).

Como ambos modelos plantean problemas propios⁹⁵, una alternativa podría ser la de un pluralismo jurídico de base religiosa

sustentado también en una ley personal de carácter religioso, pero sometida a una serie de incentivos para su transformación y acomodo. Para evitar las situaciones de desigualdad de los anteriores modelos, esta propuesta normativa considera necesario establecer una serie de garantías para los miembros más vulnerables de los grupos etnorreligiosos, ofreciéndoles algunos incentivos para respetar e incorporar las normas que atañen a la igualdad de género y a otro tipo de derechos individuales. Para ello necesitarán transformar sus propias normas en un continuo diálogo internormativo con el Estado (Shachar, 2001: 117-145). Este modelo propone establecer una administración conjunta del sistema jurídico de estos grupos entre el Estado y las propias minorías religiosas. De esta manera, los miembros de una minoría etnorreligiosa acabarían disfrutando de los efectos de una doble pertenencia normativa: por un lado, de la protección jurídica de sus derechos por parte de los poderes públicos y, por otro, de formar parte de su comunidad y disfrutar de su propia cultura. Para lograr esta transición, los grupos étnicos deben adaptarse al entorno social y normativo mediante el acomodo transformativo de sus normas religiosas referentes al estatuto personal de sus miembros. Semejante acomodo debería permitir aligerar la carga o responsabilidad identitaria de las mujeres y demás miembros más vulnerables de la comunidad, evitando que las autoridades religiosas sigan monopolizando la interpretación normativa y la administración jurisdiccional. Para ello sería necesario establecer una especie de jurisdicción condicional y compartida entre el Estado y las comunidades religiosas. La configuración de esta jurisdicción transformativa se haría otorgando, por un lado, a las autoridades religiosas algunas competencias legislativas limitadas en materia de derecho de familia o de cuestiones relacionadas con el estatuto personal y, por otro, limitando sus competencias, ofreciéndoles a sus miembros un derecho de salida parcial (Reitman, 2005) con la posibilidad de acudir a los tribunales ordinarios en el caso de que perciban que el convenio transformativo no se ha cumplido. Dicho convenio es un acuerdo ex ante (Shachar, 2010a: 406-407) por el que las autoridades se comprometen a ajustar sus decisiones a unos estándares mínimos de igualdad de género en todos los asuntos relativos al estatuto personal y, por tanto, al derecho de familia. Las autoridades religiosas obtienen así un reconocimiento jurisdiccional de carácter

vinculante para sus decisiones, mientras que el Estado conserva la potestad de supervisión de tales decisiones a través de la revisión *ex post* de las mismas cuando sean recurridas en los tribunales ordinarios o cuando haya un interés público (Shachar, 2008: 598).

Este modelo implica una interacción regulada y una jurisdicción conjunta entre las autoridades religiosas y los tribunales ordinarios, esto es, entre las minorías religiosas y el Estado, de modo que se generen canales de modificación del comportamiento y acomodo normativo entre ambas esferas jurídicas. Mediante esta propuesta, por lo tanto, las autoridades religiosas pueden ver reconocidas y aplicadas judicialmente sus decisiones, mientras que el Estado sigue conservando la facultad de definir los umbrales de actuación normativa de las autoridades religiosas, como los modelos matrimoniales y sus regímenes económicos o la determinación de la filiación, así como la revisión judicial motivada de sus decisiones siempre que sean contrarias a los límites recogidos en el convenio⁹⁶. Esta propuesta transformativa establece un modelo de pesos y contrapesos que ofrece al individuo motivos de revocación judicial ante los tribunales ordinarios (Shachar, 2001: 122) para cualquier decisión jurídica de las autoridades religiosas con la que no esté de acuerdo. Es una manera de permitir al individuo optar por los dos sistemas jurídicos a los que pertenecería. Los posibles puntos de revocación quedarían establecidos igualmente *ex ante* en el convenio de colaboración, una manera de fijar las competencias y los límites de cada uno de los ordenamientos jurídicos. De esta forma, gracias a la implementación de una autoridad jurídica compartida entre las minorías y el Estado, ambos sistemas jurídicos acabarían delimitándose mutuamente y tendrían en cuenta las verdaderas necesidades de los individuos.

Vemos, por tanto, que todas ellas son medidas o límites con los que se trata de minimizar los riesgos de la aplicación de normas de carácter etnorreligioso, y que se han diseñado principalmente para mitigar la preocupación social sobre las relaciones de poder y las desigualdades en el seno de tales grupos, aunque en realidad muchos de esos problemas tampoco son ajenos a la sociedad secular (Shachar, 2010a: 407-408). El acomodo mutuamente transformativo sería, en realidad, un sistema de competición normativa por la obediencia del individuo que ayudaría a cada uno

de los ordenamientos jurídicos a adaptarse a los cambios sociales del entorno y a los deseos y necesidades de los individuos. Con esta posibilidad, los miembros de las minorías formarían parte de la comunidad política y del ordenamiento jurídico general, a la vez que disfrutarían de las prerrogativas concretas ofrecidas a su comunidad. La principal ventaja que obtienen es la de poder resolver sus litigios en áreas significativas, como el derecho de familia, en las que suele ser importante para los litigantes actuar según las normas comunitarias tradicionales. Esto ampliaría también el grado de autonomía individual de los miembros de la comunidad, al aumentar su capacidad de elección normativa, y daría más importancia a las normas etnorreligiosas en aquellos aspectos que el ordenamiento jurídico del Estado no haya entrado a considerar (Malik, 2012: 38).

Pero para que un Estado acepte este nivel de interacción debe, en principio, abandonar una concepción omniabarcadora y homogeneizante del sistema normativo y pensar en la posibilidad de aceptar un cierto grado de pluralismo jurídico. La manera más sencilla sería aceptar compartimentar su propio ordenamiento jurídico. Es decir, el sistema jurídico principal de un Estado podría admitir la posibilidad de dividir las normas en compartimentos o subdivisiones jurídicas por áreas o temas y decidir su descentralización y delegación jurídica (Shachar, 2010a: 406)⁹⁷. A cambio, los grupos etnorreligiosos asumen una regla de no monopolio, aceptando formas preestablecidas de salida parcial del grupo, así como la división del trabajo jurisdiccional relacionado con las funciones distributiva y de demarcación del derecho personal. Es decir, el Estado renunciaría a su monopolio normativo sobre todas las cuestiones relativas al estatuto personal, pero mantendría el control a través de la supervisión de la actividad de las autoridades religiosas en el ejercicio de sus funciones conferidas. Con ello se trata de conseguir que, en el ejercicio de estas funciones, las autoridades religiosas vayan reduciendo las desigualdades mediante la continua interacción con los poderes públicos.

Aunque el modelo transformativo es ingenioso, no parece que haya convencido a muchos teóricos de cuño liberal (Cohen, 2012: 387-389). Primero porque, para que las normas y prácticas minoritarias más polémicas —es decir, aquellas que en potencial

colisión con el principio de igualdad— puedan ser transformadas y acomodadas, la comunidad religiosa ha de percibir la amenaza de la posible pérdida de sus miembros, quienes podrían ejercer el derecho de salida en disconformidad con la falta de cumplimiento de convenio transformativo. Pero esta amenaza no es suficiente si para determinadas comunidades es más importante la observancia de la ortodoxia que la pérdida de un número concreto de sus miembros. Si esa presión no es suficiente, el ejercicio del derecho de salida de la comunidad podría suponer para una mujer un coste demasiado alto: la expulsión o el ostracismo. Como es imposible que el Estado pueda controlar estos costes, la única estrategia particularista que ofrece el modelo es la sumisión obligatoria a un sistema judicial patriarcal, al menos en la primera vuelta: someterse primero a las decisiones del tribunal religioso y, en caso de disconformidad, recurrir a los tribunales ordinarios (Reitman, 2005: 204). Pero el modelo no convence tampoco porque, a pesar de promover medidas de transformación tendentes a la igualdad de sus miembros, la preeminencia masculina en las élites religiosas no acaba de corregirse. El control de las normas del estatuto personal sigue estando en sus manos, por lo que no habría perspectiva de resolver la desigualdad de género a medio plazo (Cohen, 2012: 388). La exclusión de las mujeres de las jerarquías religiosas quedaría aún más reforzada si el Estado reconociera esta situación, esperando su transformación en el futuro. Lo más probable es que la situación no cambie, ya que las élites establecidas no estarán dispuestas a perder su poder en este modelo de jurisdicción conjunta.

Este modelo transformativo basado en un sistema de incentivos y sanciones no acaba, por lo tanto, con las sospechas sobre el reconocimiento jurisdiccional de las minorías religiosas. Pero la falta de sintonía afecta a todos los sistemas jurídicos implicados. Por un lado, las minorías religiosas temen que, comprometiéndose a una transformación interna, las autoridades religiosas pierdan poder y su sistema jurídico quede finalmente asimilado por el ordenamiento jurídico del Estado, teniendo que conformarse con un reconocimiento simbólico de sus normas sin ningún contenido material. Por otro lado, el Estado puede estar fingiendo un interés en el reconocimiento de otras realidades jurídicas, queriendo en realidad proteger su posición jurídica frente a cualquier alternativa

que le pueda hacer competencia. Puede, por ejemplo, apoyar la diversidad cultural y jurídica, denunciar la falta de inclusión de las minorías y el reconocimiento de sus particularidades, pero sin terminar de implementar ninguna medida al respecto.

Al final el modelo transformativo juega con voluntades muy predefinidas. Gran parte de su fuerza reside en los acuerdos previos entre las minorías y el Estado, donde deben quedar fijados con antelación los derechos y límites del reconocimiento de un cuerpo normativo-religioso (Malik, 2012: 38). Esto debería ser algo ventajoso para los colectivos más vulnerables de una minoría, quienes no tendrían que pelear de forma individual por el alcance e interpretación de una determinada norma, porque ya estaría prefijado. Pero definir con anterioridad las fronteras de la identidad de una minoría étnica, así como sus instituciones o normas más relevantes, no es una tarea sencilla. La razón es que no hay ninguna minoría étnica que sea totalmente homogénea. Hay muchos otros factores que pueden alterar la evolución y supervivencia de una minoría concreta en el seno de una sociedad mayoritaria. Esos factores influyen en las normas e instituciones de la minoría. También influye la manera en que se construyen las estructuras de poder y las dinámicas de las autoridades interpretativas, por lo que al final puede resultar perjudicial tratar de prefijar esos límites identitarios. Se corre el riesgo de congelar étnicamente a una minoría y no dar relevancia a la propia diversidad interna. Las buenas intenciones de la sociedad mayoritaria podrían dar lugar a esa paradoja de la vulnerabilidad cultural que anteriormente mencionamos. Por otro lado, no siempre las intenciones garantistas de los Estados occidentales consiguen proteger y respetar verdaderamente a los destinatarios de sus preocupaciones. A veces el exceso de celo garantista impide el empoderamiento de esos sectores más vulnerables que tratan de conseguir, a su manera y mediante su propio esfuerzo, la mejora de sus derechos (Bano, 2010: 154).

Lamentablemente, la falta de éxito del modelo transformativo deja pocas alternativas a los miembros de las minorías etnorreligiosas. Para muchos de ellos su identidad se define tanto por su pertenencia a la comunidad como por su respeto a las normas de la sociedad, por lo que a veces se van a encontrar con dilemas

derivados de la incompatibilidad entre ambos sistemas jurídicos. La manera de resolverlo no siempre es fácil y para cada caso terminarán adoptando estrategias jurídicas diferentes encaminadas a resolver en ambos mundos su manera particular de conservar su identidad y vivir su religiosidad. Lo interesante es analizar la respuesta de ambos sistemas jurídicos y el posible resultado de su interacción.

Interlegalidad y acomodo legal:
la adscripción cultural voluntaria
y los trasplantes jurídicos

Las normas jurídicas operan en la actualidad en un complejo sistema de interacción normativa provocado por el empuje transformativo de las nuevas inercias sociales de la globalización. Estas nuevas tendencias normativas están dando lugar, desde una perspectiva teórica, a situaciones de interlegalidad (Sousa Santos, 2002: 437). La interlegalidad es un proceso del que emergen nuevos sistemas normativos a partir de la interacción de normas de baja intensidad, como las prácticas y costumbres, pero también en niveles superiores, del trabajo diario de los tribunales de justicia. El concepto se ajusta a la idea de un orden en continua negociación y evolución en el que el derecho se transforma en un mercado jurídico (law/forum shopping) de elección individual. La interlegalidad sería, por tanto, un proceso de adopción de elementos de un orden legal dominante, nacional o internacional, y de los significados que constituyen estos órdenes en las normas y prácticas de un ordenamiento jurídico local, y viceversa. Pero es también el resultado de dicho proceso, que da lugar a un nuevo ordenamiento jurídico híbrido. Ambas características serían, en definitiva, dinámicas inscritas en un contexto de pluralismo jurídico (Hoekema, 2009: 192). Entre todos los órdenes legales —local, nacional o internacional— existe una conexión y cada uno de ellos actúa sobre diferentes comunidades sociales de un modo constante, de forma que todos ellos se ven influenciados entre sí, haciéndolos más porosos y abiertos a los demás (Sousa Santos, 2002). Es un proceso, además, que no concierne únicamente a conceptos y normas de un orden jurídico determinado ni de cómo penetran en unos u otros, sino que afecta a los propios marcos de referencia normativa de cada uno de ellos. Por esta razón, la mayor característica de la interlegalidad es la capacidad de socavar y

reinterpretar los propios marcos de referencia de los órdenes jurídicos, lo que ayuda a entender los procesos transformativos de las sociedades multiculturales. Pero la interlegalidad no es únicamente ese resultado híbrido derivado de la compenetración entre prácticas y normas de diferentes órdenes jurídicos ni depende de ningún reconocimiento oficial. La interlegalidad también define los procesos por los que esas normas, aún ignoradas o reprimidas por los órdenes estatales y negada su oficialidad, siguen su curso, forzando la porosidad del derecho y empujándolo inexorablemente hacia su hibridación. Fuera del orden jurídico oficial, las normas, prácticas e instituciones siguen existiendo sin poder evitar nuevas dinámicas transformativas (Hoekema, 2009: 192).

La interlegalidad es especialmente significativa en los fenómenos anteriormente estudiados de reclamación de vías alternativas de resolución de conflictos por parte de las minorías religiosas. En sus esfuerzos por el reconocimiento de una jurisdicción propia, la presión hacia nuevas dinámicas internormativas no ha dependido únicamente de la disputa entre los grupos étnicos y el Estado, sino de la forma en la que los individuos perciben y definen una situación jurídica concreta y cómo actúan en consecuencia. Es, en realidad, gracias a los individuos y a su constante adaptación al entorno como se generan nuevos espacios transformativos del derecho. La interlegalidad es, por lo tanto, el resultado de una comprensión internormativa entre dos o varios sistemas jurídicos, pero la plasmación real de sus consecuencias y los esfuerzos normativos que resultan de ellas solo se consiguen a través de los acomodos legales. Los miembros de las minorías etnorreligiosas, en su continua navegación entre mundos jurídicos diferentes, intentan mostrar su compromiso normativo esforzándose por adaptarlos a la resolución de sus problemas diarios. Este esfuerzo, basado en una adhesión voluntaria a normas de diferentes sistemas jurídicos, da forma a otro modelo de convivencia normativa radicado en el individuo. A diferencia de los modelos anteriormente vistos, este se basa en el compromiso normativo del sujeto y su adscripción cultural voluntaria (Eekelaar, 2010) a varios sistemas jurídicos con los que se siente identificado. Frente al modelo transformativo de Shachar, que necesita de una negociación institucional amplia y previa a cualquier inicio de la aplicación de las normas minoritarias, este modelo únicamente necesita de la acción jurídica

del sujeto reclamando la aplicación de determinadas normas ante los órganos judiciales competentes. Mediante su acción, el litigante consigue moverse de manera fluida entre los distintos mundos jurídicos a los que pertenece, sin que ninguna autoridad externa condicione su elección⁹⁸.

Este modelo de adscripción jurídica voluntaria se asienta en un amplio concepto del principio de autonomía y libertad de elección. La premisa básica es que los sistemas jurídicos, al igual que las culturas, son elegidos de forma voluntaria o cuentan, por lo menos, con la voluntad del individuo de permanecer en ellos (Eekelaar, 2010: 352). Gracias a esto pueden existir algunas situaciones donde los hechos permiten que, por razones instrumentales, el ordenamiento jurídico del Estado llegue a reconocer y acomodar el sistema jurídico de la minoría desde un punto de vista liberal (Malik, 2012: 39). A diferencia del modelo jurídico transformativo, este voluntarismo jurídico-cultural toma en consideración las preferencias normativas de los individuos y concede importancia al valor que las normas culturales pueden tener para ellos. Pero en este modelo la cultura no acaba determinando al individuo. La capacidad de elección normativa del individuo puede fluir entre todos los sistemas normativos hacia los que sienta una adhesión personal, por lo que no siempre serán las normas culturales las elegidas por él. Por esta razón, la adhesión voluntaria del individuo hacia las normas culturales debe interpretarse como una manifestación de su voluntad y no, por el contrario, como una imposición que llega desde el grupo étnico al que pertenece⁹⁹.

En cualquier caso, la idea de una expresión pura de la autonomía voluntad del individuo es una completa abstracción. Las personas toman decisiones y actúan conforme a ellas dependiendo de muchos factores, entre los cuales está su propia adscripción cultural y la sociedad en la que viven. Pero no son condiciones del todo determinantes, sino principios informadores que ayudan al individuo a tomar una elección u otra. El voluntarismo cultural, a diferencia del modelo transformativo, acepta el valor que pueden tener las normas culturales y ayuda a entender la importancia que tiene para el individuo su capacidad de elección entre los diferentes sistemas jurídicos a los que se adhiere. El Estado, por otro lado, admitiendo esta posibilidad sin tener que acordar nada concreto

con ninguna minoría, acepta la fluidez y maleabilidad de sus prácticas y hace más fácil su adaptación al entorno social respetado sus dinámicas internas (Eekelaar, 2010: 353).

Para entender este modelo es importante huir de una concepción determinista de los efectos de la cultura sobre los individuos. No se trata de despojarles de sus rasgos de identidad ni de sus principios informadores, pero es importante dejar de condicionar el reconocimiento de las peculiaridades culturales de un individuo apelando al determinismo que su cultura o religión ejerce sobre él (Phillips, 2007: 8-9). Permitir a los individuos relacionarse con las normas a las que se sienten adheridos, pero no étnicamente condicionados, puede dar cuenta del complejo tejido social que sustenta las relaciones sociales en la actualidad y quizá sea la manera más adecuada de que los poderes públicos comprendan cómo se construye ese tejido relacional. Por ello, no es necesario apostar por un modelo programático o por otro sustentado en complejas disposiciones institucionales o normativas que nunca acabarán cuajando. Reconocer las normas que rigen para algunos individuos puede ser un medio adecuado para que, desde la particularidad normativa de cada persona, se consiga comprender al conjunto de un grupo étnico y sus dinámicas normativas. Aquí juegan un papel importante las particularidades normativas de los individuos de un grupo etnorreligioso concreto en el entorno familiar. Si los poderes públicos terminan por reconocer algunas normas del derecho de familia por su importancia cultural, la relación que se establece entre el Estado y las familias se acabará extrapolando a su relación con los grupos étnicos. Podría llegar a darse, por tanto, una comprensión de la normatividad de los grupos étnicos a partir de las particularidades de determinadas áreas, como la familia, en las que se dan dinámicas normativas importantes para la expresión cultural y religiosa de los individuos.

No se trata, por tanto, de reconocer la totalidad de un cuerpo jurídico concreto. Visto, por ejemplo, el rechazo institucional genérico del derecho islámico simbolizado en la sharía, podría ser posible que los tribunales reconocieran determinados aspectos del mismo que no entren en conflicto con el ordenamiento jurídico del Estado, al menos en un plano moral. En el derecho anglosajón existe una figura mediante la que los tribunales reconocen algunos

aspectos viables de una determinada norma o negocio jurídico para que pueda ser acomodada en el ordenamiento jurídico del Estado. La llamada técnica de nulidad parcial¹⁰⁰ o, como se la denomina en derecho anglosajón, *technique of severance* (Malik, 2012: 40), es una herramienta interpretativa de la que podrían hacer uso los tribunales para aceptar la eficacia parcial de algunas normas sobre cuyo reconocimiento total tienen dudas, aunque no sobre determinados aspectos de las mismas. Es una manera de reconocer, caso por caso, los efectos jurídicos de determinadas normas cuyo contenido parcial podría ser compatible con el ordenamiento jurídico del Estado. Mediante este tipo de técnicas, el Estado no tiene por qué reconocer la totalidad de un sistema jurídico que juzga incompatible con los valores de la sociedad, pero consigue distinguir aquellas partes de las normas minoritarias que pueden llegar a ser acomodadas en su ordenamiento jurídico. Es una manera pragmática de permitir que determinadas normas de las minorías operen dentro de la sociedad en beneficio de la voluntad de las partes que se sienten adheridas a ellas y evita a los poderes públicos tener que tomar una decisión sobre la totalidad del sistema jurídico de la minoría, que conduciría únicamente a su completa prohibición o reconocimiento.

El reconocimiento de este modelo a través de las técnicas de acomodo parcial permite el alojamiento paulatino de los sistemas jurídicos de las minorías sin llegar a comprometer los derechos y valores de la sociedad. Gracias a esta fluidez entre mundos normativos y la flexibilidad sobre el reconocimiento de sus efectos se logra producir un diálogo interlegal entre el Estado y las minorías étnicas. Fruto de este diálogo pueden llegar a producirse acomodos legales¹⁰¹ específicos con los que el ordenamiento jurídico del Estado incorpora excepciones concretas que terminan produciendo trasplantes legales (Watson, 1974). Son, por tanto, los poderes públicos quienes deciden cuándo intervenir y acomodar o rechazar una norma, siempre y cuando la acción que desencadena esa decisión provenga de los individuos que navegan entre sus mundos normativos. La importancia de esta flexibilidad es múltiple: los poderes públicos tienen la capacidad de intervenir o no en una situación jurídica en la que medie una norma etnorreligiosa y los individuos pueden invocar normas con ese origen sin perjuicio de someterse al ordenamiento jurídico del Estado, si así les resulta más

favorable. Gracias a esta flexibilidad aumenta la capacidad adaptativa tanto del Estado como de las comunidades étnicas.

Pero no todo son siempre ventajas. La falta de un acuerdo concreto que establezca los márgenes de actuación normativa del sistema jurídico de la minoría puede llegar a producir sobre los individuos un alto grado de incertidumbre. Aunque posean una iniciativa normativa, nunca sabrán si el Estado decidirá intervenir o no. Es decir, nunca sabrán si el efecto de una determinada norma, de forma total o parcial, será finalmente reconocido por los tribunales, y solo lo llegarán a saber una vez se hayan pronunciado. Esto es tanto una ventaja como una desventaja. La desventaja, como decimos, es la incertidumbre del pronunciamiento jurídico, y que no siempre las decisiones anteriores condicionarán el resultado, a no ser que se haya establecido jurisprudencia. Pero la ventaja, al no quedar nada totalmente fijado, es que los tribunales pueden ir variando su opinión y hacer efectiva finalmente una norma minoritaria, cuyo reconocimiento se habrá realizado teniendo en cuenta las condiciones sociales imperantes. Esto siempre supone la posibilidad de una interpretación favorable sobre la aplicabilidad de los efectos de una norma minoritaria determinada y una oportunidad para que tanto el ordenamiento jurídico del Estado como el sistema jurídico de la minoría intenten comprenderse mutuamente. Se estaría dando, de una forma concreta y para una situación determinada, una acción mutuamente transformativa que podría influir en posteriores decisiones de los tribunales ordinarios, pero también en la estrategia de los litigantes para obtener el reconocimiento de sus efectos jurídicos. En este último caso, normas jurídicas que se hayan desestimado pueden ser reconfiguradas para su validación salvando los vicios por los que su reconocimiento fue rechazado en instancias anteriores.

La falta de previsibilidad de las decisiones judiciales en torno a las normas de las minorías no asegura, por tanto, su reconocimiento. Existen algunas situaciones en las que será fácil intuir si los poderes judiciales intervendrán en contra de su reconocimiento; por ejemplo, el intento de hacer valer formas matrimoniales contrarias a los valores de la sociedad, como la poligamia, o donde existan vicios palpables en el consentimiento de las partes, como los matrimonios bajo coacción o con personas legalmente

incapacitadas. No obstante, no siempre es fácil analizar estos extremos. Existe una fina línea que separa el interés general que deben defender los poderes públicos, dentro del cual se engloban la protección de los derechos y valores de la sociedad, y el interés individual de las partes inmersas en el conflicto judicial. Para los individuos, la resolución de su caso pasa a veces por encontrar una respuesta a una situación concreta que no tenga que recurrir a grandes discursos sobre la importancia de la protección de los valores democráticos y del derecho, sino simplemente acudiendo a criterios pragmáticos que desatasquen el callejón jurídico sin salida al que se ven abocados muchos individuos con problemas jurídicos complejos y plurinormativos. Por esta razón, y a pesar de la incertidumbre que se pueda generar en cada problema multijurídico planteado, estas situaciones deben abordarse como una verdadera oportunidad de diálogo intercultural tanto para las partes como para los poderes públicos que, aunque jurídicamente codificado, puede generar un mutuo entendimiento en sociedades con un alto grado de complejidad cultural y religiosa. Este diálogo puede animar tanto al ordenamiento jurídico del Estado como al de las minorías a acercar posiciones y transformar sus normas para llegar a compenetrarse mutuamente. El primero, aceptando la pluralidad normativa que comienza a manifestarse en su sociedad; el segundo, aceptando la necesidad de evolucionar normativamente para adaptarse a un entorno dominado por una creencia férrea en los principios y valores democráticos.

Finalmente, frente a la preocupación que planea siempre sobre el reconocimiento de los sistemas jurídicos de las minorías, el modelo individual también puede ofrecer buenas oportunidades a los miembros más débiles de las minorías para proteger y hacer valer sus derechos. Básicamente por dos razones. Por un lado, porque los tribunales de las minorías religiosas, quienes deciden y aplican una norma, no tienen una jerarquía definida (Douglas et al., 2011:43), por lo que los litigantes pueden acudir al tribunal que consideren más oportuno y del cual esperen obtener una decisión más cercana a los fines jurídicos que persiguen. En el caso de los tribunales musulmanes es más evidente. Cada uno de ellos depende de una mezquita determinada y en cada una de ellas suele dominar la interpretación de alguna de las escuelas jurídicas del islam. Los litigantes, por tanto, pueden elegir el tribunal que más pueda

acercarse a la interpretación normativa que desean, lo que refuerza su empoderamiento. Esto puede producir, por otro lado, una competencia entre los diferentes tribunales para obtener una mayor “cuota de mercado” a través de la publicidad de sus servicios y la divulgación de sus planteamientos (Emon, 2009: 424). Así, más que preocuparse por imponer una interpretación determinada, los tribunales competirán por obtener el reconocimiento de quienes demandan sus servicios, impulsando, por consiguiente, ese empoderamiento de los litigantes. A diferencia, por tanto, del anterior modelo transformativo, que necesita del Estado y de un diseño institucional para favorecer el cambio, el modelo de adhesión individual trata de forzarlo mediante la propia acción de los litigantes, desde una lectura más liberal y abogando por un mayor desarrollo del principio de autonomía de las partes mediante su empoderamiento (Malik, 2012: 43). El Estado, como mucho, pone al servicio de los litigantes, y sobre todo de los sectores más desamparados, servicios de atención jurídica para promover e informarles sobre sus derechos, limitándose a vigilar y proteger sus derechos fundamentales y el cumplimiento de los requisitos procesales. Los miembros de las minorías etnorreligiosas tendrían así las herramientas necesarias para buscar a través de los sistemas jurídicos a los que queda adherido voluntariamente el reconocimiento o la reparación de sus derechos, y el Estado velaría por que se respeten los derechos fundamentales de las partes y se cumplan los requisitos de justicia procesal necesarios.

Con estas nuevas dinámicas normativas iniciadas por los propios litigantes y la interacción de ambos sistemas jurídicos, se pueden ir creando nuevas estructuras legales y contenidos normativos híbridos. Estas nuevas situaciones empujan a los sistemas jurídicos de las minorías a adaptarse al nuevo entorno social en el que buscan implantarse, pero también presionan al ordenamiento jurídico del Estado para tratar de comprenderlas y aceptarlas jurídicamente. Este ha sido el caso, como veremos, de algunas normas islámicas en contextos sociales occidentales, cuya novedad jurídica se ha denominado *angrezi sharia* (Pearl y Menski, 1998), y que no es más que una respuesta posmoderna a la modernidad jurídica (Büchler, 2011: 81)¹⁰².

Navegando entre mundos normativos: identidad y legalidad musulmana posmoderna

Las normas de las minorías étnicas pueden existir sin ningún tipo de reconocimiento oficial por parte del Estado. Tan solo basta, como hemos visto, una mera voluntad de adhesión de los miembros de la comunidad. Estas normas pueden ser relativas a cuestiones internas del grupo y que no sean de interés del Estado. Pero también existen otras muchas para situaciones en las que sí existe un interés estatal, pero cuya regulación está alejada de las convicciones de quienes buscan otras normas más cercanas a su identidad cultural. Este caso se da, por ejemplo, en las comunidades musulmanas en Reino Unido, donde se ha generado un pluralismo jurídico de facto en el que normas islámicas de carácter no oficial han sobrevivido sin ser reconocidas por el Estado (Yilmaz, 2002: 343). Muchas normas islámicas han seguido siendo aplicadas cotidianamente por la comunidad sin haber obtenido reconocimiento o ratificación jurídica alguna, manteniéndose en un nivel no oficial (Yilmaz, 2000; Pearl y Menski, 1998). Esta realidad paralegal ha podido producirse gracias a que los miembros de las comunidades musulmanas han sabido navegar y moverse entre dos mundos jurídicos.

Para los musulmanes británicos es un hecho cotidiano aplicar normas de derecho islámico en su día a día sin que exista un reconocimiento oficial del Estado. Aun sin ese reconocimiento, han estudiado los resquicios del derecho británico para conseguir validar para cada caso la aplicación de las normas islámicas. Este esfuerzo de validación se realiza fundamentalmente porque, para muchas cuestiones, en el fuero interno de los musulmanes la ley islámica sigue estando por encima de cualquier otra norma secular de la sociedad en la que residen. Pero son conscientes de las reglas del juego del Estado de derecho y prefieren llevar a cabo todos los equilibrios jurídicos posibles entre los diversos sistemas jurídicos a los que se sienten sometidos. De esta convivencia entre normas de

carácter oficial y no oficial ha ido surgiendo una nueva legalidad musulmana posmoderna (Yilmaz, 2002: 343). Es un fenómeno que se ha observado entre los musulmanes británicos, pero también entre los canadienses (Bakht, 2005; Emon, 2009) y los musulmanes de otros países, como los de Estados Unidos (Helfand, 2012; Macfarlane, 2012, 2012a) o Australia (Black, 2008). Cuando emigraron a estos países, muchos musulmanes trataron de conservar las normas y prácticas a las que estaban acostumbrados y en la diáspora consiguieron construir para muchas cuestiones un mundo jurídico propio apoyándose en las leyes del islam. De esta manera, comunidades musulmanas como la británica han conseguido resistirse a una asimilación jurídica completa y han logrado desarrollar diversas estrategias de resistencia contra la hegemonía de los sistemas jurídicos occidentales, fundamentalmente por motivos religiosos (Yilmaz, 2002).

Gracias a esta resistencia a la asimilación mediante la aplicación de las propias normas, las comunidades musulmanas han logrado mantener su integridad cultural y religiosa en la diáspora. Pero las sociedades de acogida no estaban preparadas para esta resistencia y asumieron como una cuestión temporal la conservación de estas normas y prácticas por parte de los inmigrantes musulmanes. Pensaban, en definitiva, que todos ellos irían abandonando estas prácticas una vez se fueran integrando en la sociedad y asimilando las leyes del Estado. Con el tiempo, aunque no como se esperaba, las comunidades musulmanas sí empezaron a experimentar cambios sociojurídicos, muchos de ellos influenciados por los procesos de urbanización y modernización en las nuevas sociedades (Beaumont, 2008). La larga interacción entre la cultura musulmana y la autóctona ha terminado por afectar a la identidad de los musulmanes británicos (Yilmaz, 2002: 346). Todos estos cambios han creado nuevos retos para las comunidades musulmanas locales que entre la globalización, la expansión de las telecomunicaciones y los procesos de urbanización, han visto alterada su autopercepción, ahora condicionada por su naturaleza transnacional y diaspórica.

En resumen, los musulmanes han desarrollado de forma autónoma nuevos patrones y estilos de vida desde su condición de minoría en las sociedades occidentales, lo que también está influyendo en la evolución de sus leyes y costumbres. Su sentimiento de pertenencia

está repartido entre su adscripción religiosa y su condición ciudadana, y muchos tratan de esforzarse por llegar a un acuerdo intermedio que les ayude a respetar las instituciones de la sociedad que les acoge mientras interiorizan la práctica del islam. Pero con el transcurso de los años, y con las nuevas generaciones, el sentido de su identidad colectiva se ha visto en muchos casos amenazado por la pérdida de referencias, lo que les ha llevado en algunos casos a replegarse sobre sus leyes y costumbres tradicionales, que les proporcionan un importante grado de cohesión social y un carácter distintivo, y sirven de base para las reclamaciones de un tratamiento legal diferenciado (Yilmaz, 2000). Por ahora, entre la comunidad musulmana, la defensa de una jurisdicción religiosa alternativa es una cuestión marginal. Pero el relevo generacional está cambiando la percepción sobre la importancia de la sharía entre los musulmanes más jóvenes, lo que pone de manifiesto la creciente necesidad de debatir este tipo de reclamaciones de autonomía legal¹⁰³. Sin embargo, los datos al respecto parecen a veces contradictorios. En Reino Unido, por ejemplo, el establecimiento desde hace años de una jurisdicción alternativa paralegal y no reconocida oficialmente tiene una aceptación social elevada entre los musulmanes que han utilizado sus servicios o conocen su existencia. El número de resoluciones de estos tribunales ad hoc ha sido importante en los últimos años, y la satisfacción social en torno a ellos es, en términos generales, elevada. Cuestión distinta es la opinión, como vimos, del resto de la sociedad británica o de otros países como Canadá, Francia, Alemania o Estados Unidos. El temor a la instauración de un sistema jurídico paralelo que escape del control del Estado y que deje a merced de su suerte a los sectores más débiles de la comunidad —como las mujeres y los menores— han sido razones suficientes para rechazar de plano el reconocimiento de esta posibilidad. No obstante, resulta interesante observar que, entre las propias mujeres musulmanas, ese temor no siempre es el mismo, y entre una mayoría de ellas existe una buena opinión del funcionamiento de estos tribunales para cuestiones familiares. En términos generales, la mayoría de las mujeres musulmanas, en este caso británicas, no manifiestan un elevado apoyo a la posibilidad de que el Estado termine reconociendo algunos aspectos de las normas de la sharía, pero sí consideran útil la existencia de tribunales religiosos específicos que ayuden a gestionar los problemas cotidianos de la comunidad

(Shah-Kazemi, 2001), aunque se resuelvan atendiendo a las propias normas islámicas. De aquí se desprende, por tanto, que lo importante no es el reconocimiento de la posibilidad de aplicar las normas religiosas de una comunidad determinada, sino de que existan tribunales capaces de entender la idiosincrasia comunitaria y resolver los problemas locales de una forma más cercana al sentimiento identitario de quienes acuden a ellos, aunque deban hacerlo refiriéndose a las normas de la sharía.

Estas nuevas realidades han dado lugar a culturas jurídicas parcialmente autónomas, como, por ejemplo, las aparecidas en Reino Unido (Bano, 2007; Shah, 2013; Yilmaz, 2000). Por eso, a pesar de que, en general, la mayor parte de los musulmanes residentes en los Estados occidentales están sometidos a las leyes sobre derecho de familia de los países en los que residen¹⁰⁴, una gran parte de la vida familiar musulmana se rige por las normas no oficiales de la ley islámica, que ha sido prácticamente trasplantada desde sus países de origen a través de las grandes migraciones y su transmisión generacional (Shah, 2005a: 348). Existen muchos ejemplos al respecto, sobre todo en Reino Unido, donde la actividad jurídica de las comunidades musulmanas ha sido especialmente activa desde hace muchos años. Entre ellos hay algunos casos de especial relevancia, como es el del matrimonio musulmán o *nikah*¹⁰⁵. El matrimonio musulmán no distingue entre las formas civiles y religiosas, como hacen los sistemas jurídicos seculares. La mayoría de los matrimonios entre musulmanes se celebra bajo la fórmula de la *nikah*. Los problemas surgen porque en muchas ocasiones estos matrimonios no terminan de ratificarse civilmente, por no haberse celebrado conforme a los criterios establecidos para su inscripción civil (Yilmaz, 2005: 73-74). Como consecuencia, muchos de los matrimonios celebrados dentro de la comunidad musulmana carecen de validez jurídica alguna y están fuera de la legalidad británica. Esta situación obliga a muchas parejas musulmanas a celebrar su matrimonio dos veces: una delante de su comunidad y a través de la forma establecida por las leyes islámicas, y otra civilmente, ante los organismos oficiales encargados de su inscripción registral. Aun así, en muchas ocasiones ni siquiera estos matrimonios podrán inscribirse civilmente, en caso de que formen parte de un matrimonio polígamo. Como solución a este problema, algunas propuestas plantean investir de los poderes

registrales necesarios a los representantes de la comunidad musulmana, de modo que, al celebrar el matrimonio en su forma religiosa, al mismo tiempo se valide su forma civil.

Otros problemas están relacionados con figuras polémicas como la poligamia o el repudio (talaq), con figuras extintas como la dote (mahr) o de difícil encaje legal, como la adopción islámica (kafala). En casi todos los países donde existe una fuerte presencia musulmana, los tribunales ordinarios han tenido que lidiar con la posibilidad de su reconocimiento haciendo uso de los factores de conexión establecidos en los tratados internacionales que fijan los criterios para determinar la legislación aplicable a los residentes extranjeros. Estos son, en verdad, los principales casos a los que los órganos judiciales oficiales han tenido que enfrentarse, fuera ya de todo debate sobre el reconocimiento de una idiosincrasia normativa para una minoría étnica determinada. A falta de un verdadero reconocimiento oficial de una situación de pluralismo jurídico, en las sociedades occidentales con una fuerte presencia de minorías étnicas, las dinámicas normativas siguen su curso de múltiples maneras, utilizando incluso la propia legalidad vigente y desafiando su interpretación a través de los tribunales ordinarios. Ejemplos al respecto los tenemos en la mayoría de los países europeos (Fournier, 2004). Aparte del caso británico, en Francia y Alemania también se dan situaciones en las que los tribunales ordinarios deben lidiar con figuras polémicas del derecho islámico. En Francia, por ejemplo, donde el factor de conexión es la nacionalidad, los tribunales deben aplicar la legislación del país de origen de las partes. Esto genera situaciones en las que los órganos jurisdiccionales deben enfrentarse, por ejemplo, a casos en los que se reclama el reconocimiento de los efectos de un matrimonio polígamo. Lo normal es que en ningún caso se acepte la poligamia como una forma matrimonial válida, pero en la mayoría de los casos solo se pide que sea tenida en cuenta para las solicitudes de reagrupación familiar. En principio, solo se acepta la reagrupación de una esposa, aunque la peculiaridad reside en que a veces se aceptan los efectos de la poligamia cuando, por ejemplo, la esposa reagrupada ha fallecido y se solicita la reagrupación de la segunda. En el caso del repudio islámico (talaq), los tribunales franceses han sido reticentes a su reconocimiento por percibir en el mismo un carácter discriminatorio contra la mujer; sin embargo, debido a los

convenios bilaterales con Argelia y Marruecos, por ejemplo, los tribunales han tenido que validar sus efectos.

En Alemania, con el mismo criterio de conexión basado en la nacionalidad, también han tenido que enfrentarse los tribunales a las figuras polémicas de la poligamia y el repudio. Frente a la primera, aunque en Alemania no está permitida, sí se suele tener en cuenta sus efectos jurídicos cuando se trata de determinar judicialmente las consecuencias o reivindicaciones económicas de una de las partes y el tribunal debe decidir conforme a la legislación nacional de los cónyuges. En los casos de reagrupación familiar, el criterio que se sigue es como el francés, y aunque la segunda y sucesivas esposas no tienen derecho a la reagrupación, para el Estado alemán no hay impedimento para que exista una convivencia de facto de todos los cónyuges en su territorio. En cuanto al repudio, los tribunales alemanes suelen ser menos garantistas que los franceses y no buscan tanto proteger posibles casos de discriminación si ambos cónyuges están de acuerdo con las consecuencias jurídicas de esta figura. Es decir, el Estado toma en cuenta la voluntad de las partes con todas sus consecuencias. Aunque considere que es una forma discriminatoria, y no se permite su reconocimiento en los tribunales si existe un conflicto entre los cónyuges, sí ha habido casos en los que los tribunales han sido permisivos con el pronunciamiento del talaq en el propio territorio alemán. Este fue el caso de un tribunal alemán que aceptó el repudio como forma válida de disolución matrimonial cuando fue pronunciado ante el tribunal y con la complacencia de la esposa (Fournier, 2004: 72).

Todos estos ejemplos nos sirven para ilustrar unas dinámicas normativas que están siguiendo su propio cauce y presionan para que se reconozca la existencia de facto de situaciones de pluralismo jurídico en nuestras sociedades. Y aunque, como hemos visto hasta ahora, el reconocimiento institucional de esta pluralidad de hecho parece política y jurídicamente difícil, los esfuerzos particulares por reivindicar una conexión normativa múltiple empiezan a ser cada vez más evidentes. A esta situación se une otra cuestión más. La multiplicidad de sistemas normativos ofrece al sujeto jurídico una capacidad electiva hasta ahora poco presente en los Estados modernos. En una situación de pluralismo jurídico, la tendencia a la

privatización de los conflictos judiciales relacionados con los estatutos personales de los individuos está tomando cada vez más presencia en los tribunales ordinarios, de manera que la falta de reconocimiento institucional del pluralismo jurídico está siendo suplida por una realidad de facto que va a terminar imponiéndose de algún modo. Parece así que el sometimiento voluntario del individuo a determinados sistemas normativos y su capacidad de elección jurídica dentro de un mercado normativo global está forzando un cambio de modelo jurídico hacia otro más privatizado. En este nuevo modelo la ley dejará de desarrollarse territorialmente, configurándose en torno a la elección individual y mediante acuerdos jurídicos de carácter voluntario (Fisher, 2008: 476). Bajo esta nueva perspectiva privatizada de las relaciones jurídicas entre los individuos, las leyes o estatutos personales irán ganado peso, aunque no será el modelo que terminará finalmente por imponerse. Del mismo modo que el contexto y la situación jurídica actual nos acercan a una perspectiva posmoderna de la legalidad en la que las fronteras jurídicas son cada vez más tenues, el Estado debería dar un paso hacia su propia transformación para que estas nuevas dinámicas jurídicas no le acaben superando.

CONCLUSIONES

Uno de los principales cometidos de este libro ha sido mostrar el grado de diversidad de las sociedades occidentales no solo en el plano étnico, cultural y religioso, sino también en el jurídico. La polémica sobre los “tribunales de sharía” que tuvo lugar en Canadá y Reino Unido ha servido para ilustrar hacia dónde se dirigen las estrategias de algunas minorías religiosas para preservar su identidad en la diáspora, pero también para recordar la relevancia de la religión como elemento integrador en las sociedades migratorias y su valor para las políticas de gestión de la diversidad. Los casos canadiense y británico han servido de hilo narrativo para introducir dos cuestiones fundamentales ligadas a las anteriores. Primero, la tendencia a la privatización de la justicia mediante el uso de herramientas alternativas de resolución de conflictos, como el arbitraje y la mediación, que ha sido aprovechada en su favor por algunas minorías etnorreligiosas. Segundo, la reconfiguración estratégica de estos grupos en torno a elementos aglutinadores, como la religión y las normas étnicas, con el propósito de autogestionar los asuntos intracomunitarios, lo que ha reforzado las dinámicas privadas en la reproducción de su identidad. Como hemos visto, este tipo de reivindicaciones genera múltiples problemas, pero el más inmediato ha sido el de la incompreensión social. Sus demandas no fueron bien recibidas por la opinión pública, que ha tendido a considerar cualquier reconocimiento en este sentido como el riesgo de crear un potencial apartheid jurídico. El temor es que se lleguen a aplicar normas diferenciadas de un contenido discutible y que los derechos de las mujeres y los niños en el seno de estas minorías se vean afectados. Pero el verdadero problema no es solo social, sino mayormente institucional. Para el Estado moderno, el posible reconocimiento de una parcela de eficacia civil a los grupos religiosos constituye un desafío a muchos de sus principios constitutivos. En las sociedades de hegemonía católica, por ejemplo, la reafirmación de la legítima soberanía del Estado frente a la autoridad eclesiástica cuenta con una larga y tortuosa historia. En los países occidentales existe en la actualidad

una variedad de regímenes de gestión política de las religiones organizadas que va desde la absoluta separación o la cooperación entre ambas esferas hasta el reconocimiento directo de una religión de Estado. Si se acepta la posibilidad de que unos tribunales específicos puedan aplicar normas vinculantes de carácter religioso, el origen de estas podría poner en entredicho la naturaleza secular del ordenamiento jurídico del Estado. Se estaría facilitando así un trasvase de poder desde la autoridad secular de los tribunales ordinarios a la autoridad hierocrática de los tribunales religiosos. Los poderes públicos no se encuentran cómodos, por tanto, con la posibilidad de que la religión recupere su antiguo protagonismo en cuestiones jurídicas. Por otro lado, si el Estado reconociera la validez jurídica de las normas religiosas, estaría reconociendo igualmente una fuente de autoridad jurídica distinta de la suya, lo que derivaría en el establecimiento de un pluralismo jurídico en función del estatus religioso. Esta situación podría acabar derivando en una fragmentación de la unidad jurídica del Estado y una multiplicación de las fuentes de autoridad normativa, ya que en estos tribunales se introduciría la religión, o al menos unas normas de inspiración religiosa, cuya autoridad no emana de las mismas fuentes que el resto de las normas del ordenamiento jurídico. Se estaría estableciendo, en definitiva, un conjunto de normas diferenciadas para la ciudadanía por criterios puramente personales en función de una adscripción cultural o religiosa concreta, lo que podría acabar afectando a la propia cohesión social. El reconocimiento jurídico de tales normas supondría tratar de un modo diferente a determinados miembros de la sociedad únicamente por su adscripción religiosa, pero también cuestionaría, o al menos debilitaría, la separación entre la religión y el Estado en sociedades que se autointerpretan como seculares.

Las sociedades occidentales llevan tiempo desarrollando diversos modelos para gestionar institucionalmente las creencias religiosas de sus ciudadanos, intentando mantener cierta neutralidad con respecto a las mismas. Pese a ello, lo cierto es que el peso institucional y cultural de las religiones de Estado y de la Iglesia Católica diluyen en la práctica y a través de diversos arreglos jurídico-políticos ese principio de neutralidad. Los costes sociales de profesar una determinada fe no son los mismos para todos los ciudadanos y todas las religiones. Sin embargo, cuando han sido las

nuevas minorías etnorreligiosas las que han puesto sobre el tapete la posibilidad de algún tipo de reconocimiento oficial de su autonomía jurídica, la reacción institucional y de la opinión pública ha sido en general hostil. De un modo u otro, la religión sigue formando parte de la vida de muchas personas y los Estados democráticos aceptan un alto grado de pluralidad en este terreno, lo que se traduce, en ocasiones, en la concesión de algunas prerrogativas hacia las comunidades religiosas en lo que se refiere a las normas y prácticas de sus correligionarios. El principal problema en este contexto es que el reconocimiento de un subsistema jurídico propio supondría elevar un grado más la expresión de la religiosidad en espacios tradicionalmente reservados a organismos e instituciones del Estado que deben actuar con neutralidad, como son los que se encargan de gestionar las cuestiones jurisdiccionales. Dar cabida, por tanto, a espacios jurídicos diferenciados en función de una adscripción religiosa constituiría un desafío institucional ante el que los Estados occidentales, hasta ahora, no han querido ceder. Los poderes públicos suelen apelar a la unidad jurisdiccional como la única manera de mantener cierta cohesión social frente a la multitud de identidades que nos atraviesan, pero también porque les preocupa que la universalidad de los derechos humanos pueda cuestionarse en un espacio jurídico fragmentado por las múltiples interpretaciones de autoridades jurídicas diversas.

Frente a esta postura hemos visto, sin embargo, que existen también otras propuestas que defienden la legitimidad de otras fuentes jurídicas o normativas y la posibilidad de que en todas ellas pueda regir una interpretación correcta de la justicia, aunque sea basada en normas étnicas o jurídicas diferentes. Quienes han defendido la posibilidad de un espacio jurídico plural, como el arzobispo de Canterbury, querían llamar la atención sobre la existencia de una nueva realidad sociojurídica que acompaña a la diversidad etnocultural de nuestras sociedades contemporáneas. Por mucho que quiera defenderse una interpretación homogénea y uniforme de la regulación del espacio jurídico, la realidad demuestra que los espacios jurídicos se encuentran atravesados en la actualidad por una infinidad de normatividades de diversa procedencia capaces de mantener una sustantividad propia, aunque no exista un reconocimiento institucional explícito por parte del Estado (Webber, 2017). El reconocimiento formal de sistemas jurídicos

propios de las minorías es un matiz que no afecta, por tanto, a la propia subsistencia de un pluralismo jurídico de facto en las sociedades inmersas en las consecuencias de la globalización. En cambio, sí pueden darse cambios inmediatos en la manera en que hasta ahora se organizaba el espacio jurídico y la relación con sus miembros desde el punto de vista del Estado democrático de derecho. Aunque, como señalamos en el último capítulo, las formas institucionales de reconocimiento de esa realidad jurídica plural pueden ser muy variadas —desde la instauración de una jurisdicción paralela, como reconocimiento máximo de una realidad jurídica alternativa, hasta la aceptación de un complemento jurisdiccional, pero integrado en el sistema legal— cualquiera de ellas plantea desafíos difíciles de aceptar para las concepciones jurídicas clásicas del Estado. En cualquier caso, las nuevas dinámicas legales y la continua construcción heteronormativa de las leyes de una manera oficiosa nos advierten de este nuevo desafío “posmoderno” al que el Estado debe hacer frente de forma transversal. La respuesta uniformista ya no resulta suficientemente inclusiva para gestionar todas estas nuevas situaciones, y tampoco puede seguir aplicándose sin terminar cayendo en discriminaciones concretas por motivos étnicos. Pero las opciones alternativas, la más posmodernas, también tienen sus dificultades. Aceptar un pluralismo jurídico con todas sus consecuencias dejaría al Estado en una posición cuestionada. Sin fronteras definidas, la actividad jurídica no terminaría de identificarse con ninguna autoridad concreta y sería difícil determinar quién tiene la legitimidad para interpretar o aplicar determinadas normas sobre un sector de la población. Es cierto que dejar en manos de las minorías étnicas algunas áreas normativas, como el derecho de familia, podría demostrar los esfuerzos de los poderes públicos por comprender la complejidad normativa de sus sociedades, ahora más diversas que nunca. Pero una excesiva permisividad puede convertir a los diferentes órdenes normativos en sistemas jurídicos demasiado relativistas. Tampoco una apuesta total por los sistemas basados en los estatutos personales resuelve todas las incógnitas. Puede que este sea el modelo que más se acerca a un reconocimiento completo de la propia voluntad de los individuos, pero sin un sistema de contrapesos efectivo sería difícil determinar el grado de autonomía del que disfruta esa voluntad. Siempre existirá una preocupación y, sobre todo, una total incomprensión de por qué algunos individuos

con adscripciones étnicas o religiosas minoritarias eligen adherirse a sistemas normativos que pueden contravenir los derechos y valores de las sociedades en las que residen.

En el caso concreto de las minorías musulmanas, hemos visto a lo largo de este trabajo que finalmente ninguno de los modelos acaba siendo totalmente satisfactorio para ninguna de las partes: ni para el Estado ni para la sociedad ni tampoco para los propios musulmanes. La imposición del modelo uniformista por parte del Estado deja totalmente al margen el reconocimiento de la particularidad normativa de las minorías y la elección personal de los individuos que se sientan identificados con un sistema concreto de normas, las de la sharía en este caso. Esta postura ignora deliberadamente una realidad jurídica que, como hemos visto, puede llegar a desarrollarse al margen del reconocimiento institucional, lo que cuestiona el monopolio de los poderes públicos sobre todas las dinámicas normativas que se dan dentro de su territorio. El uniformismo jurídico no ha logrado reducir la capacidad de autorregulación de las comunidades musulmanas con un mayor grado de organización, como ha ocurrido en Canadá o Reino Unido, y ni siquiera convencer a muchos musulmanes, como individuos, de la conveniencia de abandonar su identificación con las normas de su religión, como demuestra su continua invocación ante los tribunales ordinarios. Esto puede verse en países como Francia, Gran Bretaña o Alemania, pero también ocurre en España. Siempre habrá contradicciones con las que los tribunales ordinarios tendrán que lidiar y, a falta de un convenio concreto donde se definan los límites del reconocimiento de tales normas en contextos transnacionales, es probable que las interpretaciones sobre un caso concreto puedan variar de un tribunal a otro, imponiéndose de nuevo un relativismo.

En ausencia de una solución específica que pueda cristalizar en un modelo satisfactorio para gestionar la complejidad normativa derivada del pluralismo sociojurídico, se impone a todas las partes implicadas la necesidad de lograr al menos una solución parcial y más pragmática. Aunque el Estado haya experimentado durante estos últimos años la transformación del espacio jurídico hacia formas posmodernas de normatividad, lo cierto es que no va a dejar de ser uno de los actores principales en el nuevo contexto

multijurídico. Su papel seguirá siendo relevante y la principal forma de organización social y política de los individuos. Pero si su protagonismo es indiscutible, también lo es el cuestionamiento de su papel tradicional por las derivas posmoderna de la ley. El Estado debería reconsiderar, por tanto, su postura frente a las nuevas dinámicas sociojurídicas y contemplar la posibilidad de asumir una actitud más pragmática. De este modo, mediante un esfuerzo de comprensión de la nueva realidad multijurídica, podría llegar a reconocer los problemas derivados de una sociedad cada vez más diversa y ayudar a resolver los problemas que plantean las invocaciones al pluralismo en este terreno. Esta nueva actitud debería comenzar por comprender esa nueva y heterogénea realidad, y preparar al ordenamiento jurídico para adaptarse a un entorno cambiante.

La flexibilidad interpretativa que se le debe exigir al Estado no tiene por qué traducirse en un modelo concreto de gestión de la multiplicidad jurídica, sino inspirar más bien una nueva mentalidad en los poderes públicos. Llegados a este punto, una vez se lograra esa apertura a una interpretación más flexible de las normas y de la realidad social que las rodea, no importa tanto a qué modelo de gestión se acoja el Estado. El suyo seguirá siendo un modelo jurídicamente uniforme, aunque no tendrá por qué ser homogéneo. Mediante un análisis caso por caso de la realidad social, el Estado podría adoptar las decisiones más adecuadas para satisfacer los intereses de las partes, a fin de no dejarles en la indefensión por una aplicación estricta y literal de la ley. Una mentalidad jurídica flexible requiere, por tanto, de una teoría integrada que contemple la inclusión armoniosa de todos los supuestos de la diversidad jurídica actual a través de exenciones y acomodos concretos. Dado que el pluralismo jurídico es un fenómeno social que está aquí para quedarse, el Estado debería poder evolucionar hacia una configuración más flexible y dinámica del ordenamiento jurídico en un entorno social cambiante.

BIBLIOGRAFÍA

Adams, M. (2007): *Unlikely Utopia: The Surprising Triumph of Canadian Pluralism*, Toronto, Viking.

Adelman, H. (2011): “Contrasting Commissions on Interculturalism: The Hijāb and the Workings of Interculturalism in Quebec and France”, *Journal of Intercultural Studies*, 32(3), pp. 245-259.

Ahmed, F. y Luk, S. (2011): “Religious Arbitration: A Study of Legal Safeguards”, *Arbitration*, 77, pp. 290-303.

Alexander, A. C. y Welzel, C. (2011): “Islam and Patriarchy: How Robust is Muslim Support for Patriarchal Values?”, *World Values Research*, 4(2), pp. 40-70.

Al-Hibri, A. Y. (1999): “Is Western Patriarchal Feminism Good for Third World/Minority Women?”, en S. M. Okin, J. Cohen, M. Howard y M. C. Nussbaum (eds.), *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, pp. 41-51.

An-Na'im, A. A. (2007): “La sharía en el estado secular: Una paradoja de separación y fusión”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 41, pp. 9-31.

— (2008): *Islam and the Secular State: Negotiating the Future of Shari'a*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.

— (2011): “Religious Norms and Family Law: Is it Legal or Normative Pluralism?”, *Emory International Law Review*, 25, pp. 785-809.

Appiah, K. A. (2005): *The Ethics of Identity*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press.

Appiah, K. A. y Gutmann, A. (1996): *Color Conscious: The Political*

Morality of Race, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press.

Backenköhler Casajús, C. J. (2017): “Multiculturalismo y pluralismo jurídico de base religiosa: el derecho islámico en España”, *Revista CIDOB d’afers internacionals*, 115, pp. 119-139.

Baer, S. (2010): “A closer Look at Law: Human Rights as Multi-Level Sites of Struggles over Multi-Dimensional Equality”, *Utrecht Law Review*, 6(2), pp. 56-76.

Bainham, A. (1995): “Family Law in a Pluralistic Society”, *Journal of Law and Society*, 22(2), pp. 234-247.

Bakht, N. (2005): “Were Muslim Barbarians Really Knocking On the Gates of Ontario?: The Religious Arbitration Controversy - Another Perspective”, *Ottawa Law Review*, 40 aniversario, pp. 67-82.

— (2007): “Religious Arbitration in Canada: Protecting Women by Protecting Them from Religion”, *Canadian Journal of Women and the Law*, 19(1), pp. 119-144.

Ballard, R. (1994): “Introduction: The Emergence of Desh Pardesh”, en R. Ballard (ed.), *Desh Pardesh. The South Asian Presence in Britain*, Londres, Hurst & Co., pp. 1-34.

— (2009): “Human Rights in Contexts of Ethnic Plurality: Always a Vehicle for Liberation?”, en R. Grillo, R. Ballard, A. Ferrari, A. J. Hoekema, M. Maussen y P. Shah (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Farnham, Surrey, Ashgate Publishing Company, pp. 299-329.

Ballard, R.; Ferrari, A.; Grillo, R.; Hoekema, A. J.; Maussen, M. y Shah, P. (2009): “Cultural Diversity: Challenge and Accommodation”, en R. Grillo, R. Ballard, A. Ferrari, A. J. Hoekema, M. Maussen y P. Shah (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Farnham, Surrey, Ashgate Publishing Company, pp. 9-29.

Bano, S. (2000): “Muslim South Asian Women and Customary Law in Britain”, *Journal of South Pacific Law*, 4(6), en <http://beta.pacii.org/journals/fJSPL/vol04/6.shtml>

— (2007): “Islamic Family Arbitration, Justice and Human Rights in Britain”, *Law, Social Justice & Global Development Journal*, 1(1-26).

— (2007): “Muslim Family Justice and Human Rights: The Experience of British Muslim Women”, *Journal of Comparative Law*, 2, pp. 38-67.

— (2008): “In Pursuit of Religious and Legal Diversity: A Response to the Archbishop of Canterbury and the ‘Sharia Debate’ in Britain”, *Ecclesiastical Law Journal*, 10(03), pp. 283-309.

— (2010): “Asking the Law Questions: Agency and Muslim Women”, en S. Sayyid y A. Vakil (eds.), *Thinking through islamophobia: Global Perspectives*, Londres, Hurst & Co., pp. 135-156.

— (2012): *An Exploratory Study of Shariah Councils in England with Respect to Family Law*, Reading, University of Reading and the Ministry of Justice.

Barry, B. (2001): *Culture and Equality. An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Cambridge, Harvard University Press.

Barzilai, G. (2008): “Beyond Relativism: Where Is Political Power in Legal Pluralism?”, *Theoretical Inquiries in Law*, 9(2), pp. 395-416.

Beaumont, J. (2008): “Faith Action on Urban Social Issues”, *Urban Studies*, 45(10), pp. 2019-2034.

Benhabib, S. (1992): *Situating the Self: Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*, Cambridge, Polity Press.

— (2004): *The Rights of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press.

— (2005): “Borders, Boundaries, and Citizenship”, *Political Science and Politics*, 38(4), pp. 673-677.

— (2006): *Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en la era global*, Buenos Aires, Katz Editores.

- Berman, P. S. (2009): "The New Legal Pluralism", *Annual Review of Law and Social Science*, 5, pp. 225-242.
- Bhabha, F. (2009): "Between Exclusion and Assimilation: Experimentalizing Multiculturalism", *McGill Law Journal*, 54, pp. 45-90.
- Bhabha, H. (1990): "The Third Space", en J. Rutherford (ed.), *Identit: Community, Culture, Difference*, Londres, Lawrence & Wishart, pp. 207-221.
- Black, A. (2008): "Accommodating Shariah Law in Australia's Legal System", *Alternative Law Journal*, 33, pp. 214-219.
- Blenkhorn, L. E. (2002): "Islamic Marriage Contracts in American Courts: Interpreting Mahr Agreements as Prenuptials and Their Effect on Muslim Women", *Southern California Law Review*, 76, pp. 189-234.
- Bloemraad, I. (2006): *Becoming a Citizen: Incorporating Immigrants and Refugees in the United States and Canada*, Berkeley, University of California Press.
- Bowen, J. R. (2004): *Beyond Migration: islam as a Transnational Public Space*. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 30(5), 879-894.
- (2010): "How Could English Courts Recognize Shariah?", *University of St. Thomas Law Journal*, 7(3), pp. 411-435.
- Boyd, M. (2004): *Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion*. Full Report, Toronto, Ministry of the Attorney General, en <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/fullreport.pdf>
- (2004a): *Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion*. Executive Summary, en Toronto, Ministry of the Attorney General, en <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/executivesummary.pdf>
- Briones Martínez, I. M. (2014): "El arbitraje islámico en materia de

matrimonio y familia en el Reino Unido”, FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época, 17(1), pp. 61-99.

Büchler, A. (2011): *Islamic law in Europe?: Legal Pluralism and its Limits in European Family Laws*, Farnham, Surrey, Ashgate Publishing Company.

Çağlar, A. S. (2001): “Constraining metaphors and the transnationalisation of spaces in Berlin”, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 27(4), pp. 601-613.

Casanova, J. (2007): “La inmigración y el nuevo pluralismo religioso: una comparación Unión Europea/Estados Unidos”, *Revista CIDOB d’afers internacionals*, 77, pp. 13-39.

Cesari, J. (2004): *When islam and Democracy Meet: Muslims in Europe and in the United States*, Nueva York, Palgrave Macmillan.

— (2010): “Shari’a and the Future of Secular Europe”, en J. Cesari (ed.), *Muslims in the West after 9/11: Religion, Politics and Law*, Nueva York, Routledge, pp. 145-175.

Chiba, M. (1989): *Legal Pluralism: Toward a General Theory Through Japanese Legal Culture*, Tokio, Tokai University Press.

— (1998): “Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World”, *Ratio Juris*, 11(3), pp. 228-245.

Cohen, J. L. (2011): “Jurisdicción multicultural en el Estado liberal: Una visión crítica”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 1, pp. 35-58.

— (2012): “The Politics and Risks of the New Legal Pluralism in the Domain of Intimacy”, *International Journal of Constitutional Law*, 10(2), pp. 380-397.

Cohen, S. (2002): *Folk devils and moral panics: the creation of the mods and rockers*, Londres, Routledge.

Colom González, F. (1998): *Razones de identidad: pluralismo cultural e integración política*, Barcelona, Anthropos.

- (2005): “Lenguajes políticos y construcción de identidades”, *Coherencia*, 2(2), pp. 39-54.
- (2009): “Justicia intercultural: el pluralismo jurídico y el potencial de la hermenéutica normativa”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, 33, pp. 7-26.
- (2012): “Entre el credo y la ley: procesos de ‘interlegalidad’ en el pluralismo jurídico de base religiosa”, *Revista de Estudios Políticos*, 157, pp. 83-103.
- (2017): “The Legal Self-regulation of Religious Groups: Tackling the Normative and Practical Challenges of Legal Pluralism”, en F. Colom González y G. d’Amato (eds.), *Multireligious Society. Dealing with Religious Diversity in Theory and Practice*, Londres, Routledge, pp. 267-284.
- Coulson, N. J. (2000): *Historia del derecho islámico*, Barcelona, Ediciones Bellaterra.
- Cover, R. (1983): “Nomos and Narrative”, *Harvard Law Review*, 97(4), pp. 4-68.
- (1986): “Violence and the Word”, *Yale Law Journal*, 95, pp. 1601-1629.
- Cox, N. S. (2004): *An exploration of the basis of legal authority in the Anglican Church in New Zealand, The Archbishop of Canterbury’s Examination in Theology*, tesis, en anglicanhistory.org
- Cumper, P. (2014): “Multiculturalism, Human Rights and the Accommodation of Sharia Law”, *Human Rights Law Review*, 14(1), pp. 31-57.
- Dauvergne, C. (2016): *The New Politics of Immigration and the End of Settler Societies*, Nueva York, Cambridge University Press.
- Deveaux, M. (2006): *Gender and Justice in Multicultural Liberal States*, Oxford, Nueva York, Oxford University Press.
- Donlan, S. P. (2015): “To Hybridity and Beyond: Reflections on Legal and Normative Complexity”, en M. A. Koppel y V. Palmer

(eds.), *Mixed Legal Systems, East and West: Newest Trends and Developments*, Farnham, Surrey, Inglaterra, y Burlington, EE UU, Ashgate Publishing, pp. 17-32.

Douglas, G.; Doe, N.; Gilliat-Ray, S.; Sandberg, R. y Khan, A. (2011): *Social Cohesion and Civil Law: Marriage, Divorce and Religious Courts*, Cardiff, Cardiff University.

Dupret, B. (1999): "Legal Pluralism, Normative Plurality, and the Arab World", en B. Dupret, M. Berger y L. Al-Zwaini (eds.), *Legal Pluralism in the Arab World*, La Haya, Kluwer Law International, pp. 29-40.

— (2007): "Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: Teorías críticas y reespecificación praxiológica", *European Journal of Legal Studies*, 1(1), pp. 1-28.

— (2015): *La sharía: orígenes, desarrollo y usos contemporáneos*, Barcelona, Bellaterra.

Eekelaar, J. (2010): "From Multiculturalism to Cultural Voluntarism: A Family-based Approach", *The Political Quarterly*, 81(3), pp. 344-355.

El-Hibri, T. (2010): *Parable and Politics in Early islamic History: the Rashidun Caliphs*, Nueva York, Columbia University Press.

Emon, A. M. (2009): "Islamic Law and the Canadian Mosaic: Politics, Jurisprudence, and Multicultural Accommodation", *Canadian Bar Review*, 87(2), pp. 391-425.

Esau, A. (2008): "Living by Different Law: Legal Pluralism, Freedom of Religion, and Illiberal Religious Groups", en R. J. Moon (ed.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, Vancouver, Toronto, UBC Press, pp. 110-139.

Esposito, J. L. y Kalin, I. (2011): *Islamophobia: The Challenge of Pluralism in the 21st Century*, Oxford y Nueva York, Oxford University Press.

Farrow, T. C. (2006): "Privatizing Our Public Civil Justice System", *News & Views on Civil Justice Reform*, 9(16), pp. 16-17.

— (2014): *Civil Justice, Privatization, and Democracy*, Toronto, University of Toronto Press.

Fatah, T. (2008): *Chasing a Mirage: The Tragic Illusion of an Islamic State*, Mississauga, Ontario, J. Wiley & Sons Canada.

Feldman, N. (2012): *The Fall and Rise of the Islamic State*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press.

Fisher, T. (2008): “Nomos without Narrative”, *Theoretical Inquiries in Law*, 9(2), pp. 473-502.

Foblets, M.-C. (1997): “Conflicts of Law in Cross-Cultural Family Disputes in Europe Today: Who Will Reorient Conflicts of Law?”, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 30(1), pp. 22-36.

Fournier, P. (2004): “The Reception of Muslim Family Law in Western Liberal States”, *Dossier WLUM*, 27, pp. 65-79.

— (2009): “Flirting with God in Western Secular Courts: Mahr in the West”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 24(1), pp. 67-94.

— (2010): *Muslim Marriage in Western Courts: Lost in Transplantation*, Farnham, Surrey, Inglaterra, y Burlington, EE UU, Ashgate.

García Roca, F. J. (2002): “La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22(62), pp. 295-334.

Gaudreault-DesBiens, J.-F. (2005): “The Limits of Private Justice? The Problems of the State Recognition of Arbitral Awards in Family and Personal Status Disputes in Ontario”, *Perspectives*, 16(1), pp. 18-31.

— (2005a): “The Limits of Private Justice? The Problems of the State Recognition of Arbitral Awards in Family and Personal Status Disputes in Ontario”, *Perspectives*, 16(1), 18-31.

— (2006): “Constitutional Values, Faith-Based Arbitration, and the Limits of Private Justice in a Multicultural Society”, *National Journal of Constitutional Law*, 19, pp. 155-191.

Gellner, E. (1983): *Muslim Society*, Cambridge, Cambridge University Press.

Giunchi, E. (2014): “Muslim Family Law and Legal Practice in the West. An Introduction”, en E. Giunchi (ed.), *Muslim Family Law in Western Courts*, Nueva York, Routledge, pp. 1-13.

Grillo, R. (1998): *Pluralism and the Politics of Difference: State, Culture, and Ethnicity in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press.

— (2008): “Preface”, en R. Grillo (ed.), *The Family in Question. Immigrant and Ethnic Minorities in Multicultural Europe*, Ámsterdam, Amsterdam University Press, pp. 15-35.

Grillo, R.; Ballard, R.; Ferrari, A.; Hoekema, A. J.; Maussen, M. y Shah, P. (2009): *Legal Practice and Cultural Diversity*, Farnham, Surrey, Ashgate Publishing Company.

Hacker, D. (2012): “Religious Tribunals in Democratic States: Lessons from the Israeli Rabbinical Courts”, *Journal of Law and Religion*, 27(01), pp. 59-81.

Hall, S. (1990): “Cultural Identity and Diaspora”, en J. Rutherford (ed.), *Identity: Community, Culture, Difference*, Londres, Lawrence & Wishart, pp. 222-237.

Hallaq, W. B. (2002): “‘Muslim Rage’ and islamic Law”, *Hastings Law Journal*, 54, pp. 1705-1720.

— (2005): *The Origins and Evolution of islamic Law*, Cambridge, Cambridge University Press.

Helfand, M. A. (2011): “Religious Arbitration and the New Multiculturalism: Negotiating Conflicting Legal Orders”, *New York University Law Review*, 86, pp. 1-68.

— (2012): “Litigating Religion”, *Boston University Law Review*, 92,

pp. 493-562.

Helly, D. (2011): "Formas de intolerancia religiosa", en A. López Sala y F. Colom González (eds.), *¿Hacia una sociedad post-secular? La gestión pública de la nueva diversidad religiosa*, Zaragoza: Fundación Giménez Abad, pp. 123-156.

Hoekema, A. J. (2009): "Does the Dutch Judiciary Pluralize Domestic Law?", en R. Grillo, R. Ballard, A. Ferrari, A. J. Hoekema, M. Maussen y P. Shah (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Farnham, Surrey, Ashgate Publishing Company, pp. 177-198.

Horowitz, D. L. (1994): "The Qur'an and the Common Law: islamic Law Reform and the Theory of Legal Change", *The American Journal of Comparative Law*, 42(2), pp. 233-293.

Huntington, S. P. (2005): *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 1ª ed.

Ibrahim, M. (2005): "The Securitization of Migration: A Racial Discourse", *International Migration*, 43(5), pp. 163-187.

Jamal, F. L. (2013): "Enforcing Mahr in the Canadian Courts", *Canadian Family Law Quarterly*, 32(1), pp. 97 y ss.

Joppke, C. (2001): "Multicultural Citizenship: A Critique", *European Journal of Sociology*, 42(2), pp. 431-447.

— (2004): "The Retreat of Multiculturalism in the Liberal State: Theory and Policy", *The British Journal of Sociology*, 55(2), pp. 237-257.

Kamali, M. H. (2008): *Shari'ah Law: An Introduction*, Oxford, Oneworld Publications.

Kazemipur, A. (2014): *The Muslim Question in Canada: A Story of Segmented Integration*, Vancouver, Toronto, UBC Press.

Keith, D. y McGowan, F. (2013): "The Radical Left and the Politics of Migration Since the Crisis: Resilient or Acquiescent in the face of the Radical Right?", *The radical left and crisis in the EU: From marginality to the mainstream?*, conferencia, Edimburgo, University

of Edinburgh.

Kelly, P. (2002): *Multiculturalism Reconsidered: "Culture and Equality" and its Critics*, Cambridge, Polity Press.

Keohane, R. O. (2000): "Sovereignty in International Society", en D. Held y A. McGrew (eds.), *The Global Transformations Reader. An Introduction to the Globalization Debate*, Cambridge, Polity Press, pp. 147-161.

Khan, S. (1998): "Muslim women: Negotiations in the Third Space", *Signs*, 23(2), pp. 463-494.

Khosrokhavar, F. (2005): "The Muslims of Western Europe", charla en la Universidad de Albany.

Koning, E. (2013): *Selective Solidarity: The Politics of Immigrants' Social Rights in Western Welfare States*, tesis, Kingston, Queen's University.

Koopmans, R.; Statham, P.; Guigni, M. y Passy, F. (2005): *Contested Citizenship: Immigration and Cultural Diversity in Europe*, Mineápolis, University of Minnesota Press.

Koteweg, A. C. (2008): "The Sharia Debate in Ontario: Gender, islam, and the Representations of Muslim Women's Agency", *Gender & Society*, 22(4), pp. 434-454.

Korteweg, A. C. y Yurdakul, G. (2010): "Religion, Culture and the Politicization of Honour-Related Violence", *Gender and Development*, 12,

Kymlicka, W. (2005): "Testing the Bounds of Liberal Multiculturalism? The Sharia Debate in Ontario", *Muslim Women's Equality Rights in the Justice System: Gender, Religion and Pluralism*, Toronto, Canadian Council of Muslim Women.

Laski, H. (2000): *Authority in the Modern State*, Kitchener, Ontario, Batoche Books.

Legrand, P. (1997): "The Impossibility of 'Legal Transplants'", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4(2), pp.

Li, P. S. (2003): "Deconstructing Canada's Discourse of Inmigrant Integration", PCERII Working Paper Series, 04-03, pp. 1-20.

López-Jacoiste Díaz, M. E. (2003): "Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de Refah Partisi y otros contra Turquía: legítima disolución de un partido político", Anuario español de derecho internacional, 19, pp. 443-464.

MacEoin, D. (2009): Sharia Law or 'One Law For All?', Londres, Civitas, Institute for the Study of Civil Society.

Macfarlane, J. (2012): Understanding Trends in American Muslim Divorce and Marriage: A Discussion Guide for Families and Communities, Dearborn, Washington, IPSU, Institute for Social Policy and Understanding.

— (2012a): Sharia's Law: Coming to a Courthouse near You? What Sharia's Really Means to American Muslims, Dearborn, Washington, ISPU, Institute for Social Policy and Understanding.

Maclure, J. (2013): "Political Secularism: A Sketch", The Public Management of Religion: From State Building to New Forms of Minorities. From State Building to New Forms of Minorities' Mobilization, RECODE Working Papers, 16, pp. 1-9.

— (2016): "The Meaning and Entailment of the Religious Neutrality of the State: The Case of Public Employees", en B. L. Berger y R. Moon (eds.), Religion and the Exercise of Public Authority, Oxford, Portland, Bloomsbury Publishing, pp. 11-21.

Maclure, J. y Taylor, C. (2011): Laicidad y libertad de conciencia, Madrid, Alianza.

Maíllo Salgado, F. (2005): Diccionario de derecho islámico, Gijón, Ediciones Trea.

Malik, M. (2009): "Feminism and its 'Other': Female Autonomy in an Age of Difference", Cardozo Law Review, 30, pp. 101-118.

— (2012): Minority Legal Orders in the UK: Minorities, Pluralism

and the Law, Londres, The British Academy.

— (2015): “The Failure of Multiculturalism”, *Foreign Affairs*, 94(2), pp. 21-32.

Maslow Cohen, J. y Bledsoe, C. (2002): “Immigrants, Agency, and Allegiance: Some Notes from Anthropology and from Law”, en R. Sweder, M. Minow y H. R. Markus (eds.), *Engaging Cultural Differences: The Multicultural Challenge in Liberal Democracies*, Nueva York, Russell Sage Foundation, pp. 99-127.

McClintock, A. (1993): “Family Feuds: Gender, Nationalism and the Family”, *Feminist Review*, 44, pp. 61-80.

Melissaris, E. (2004): “The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism”, *Social & Legal Studies*, 13(1), pp. 57-79.

— (2009): *Ubiquitous Law: Legal Theory and the Space for Legal Pluralism*, Burlington, Ashgate Publishing.

Menski, W. F. (2001): “Muslim Law in Britain”, *Journal of Asian and African Studies*, 62, pp. 202-236.

— (2006): *Comparative Law in a Global Context: the Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge, Cambridge University Press.

— (2006a): “Rethinking Legal Theory in the Light of South-North Migration”, en W. Menski y P. Shah (eds.), *Migration, Diasporas and Legal Systems in Europe*, Londres y Nueva York, Routledge-Cavendish, pp. 13-28.

Menski, W. y Pearl, D. (1998): *Muslim Family Law*, Londres, Sweet & Maxwell.

Merry, S. E. (1988): “Legal Pluralism”, *Law and Society Review*, 22(5), pp. 869-896.

Miller, J. M. (2003): “A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process”, *The American Journal of Comparative Law*, 51(4), pp. 839-886.

Mir-Hosseini, Z. (2000): *Marriage on Trial: A Study of Islamic Family Law*, Londres y Nueva York, Tauris Publishers.

Mishra, V. (2005): "The Diasporic Imaginary and the Indian Diaspora", *Asian Studies Institute Occasional Lecture*, 2, pp. 1-30.

Modood, T. (1998): "Anti-Essentialism, Multiculturalism and the Recognition of Religious Groups", *Journal of Political Philosophy*, 6(4), pp. 378-399.

— (2003): "Muslims and the Politics of Difference", *The Political Quarterly*, 74, Supplement 1, pp. 100-115.

— (2007): *Multiculturalism: A Civic Idea*, Cambridge, Reino Unido y Malden, Massachusetts, Polity Press.

— (2010): "Moderate Secularism, Religion as Identity and Respect for Religion", *The Political Quarterly*, 81(1), pp. 4-14.

— (2012): "Is There a Crisis of 'Postsecularism' in Western Europe?", *Sociology of Religion*, 73(2), pp. 130-149.

Moghadam, V. (1994): "Introduction: Women and Identity Politics in Theoretical and Comparative Perspective", en V. Moghadam (ed.), *Identity politics and Women: Cultural Reassertions and Feminisms in International Perspective*, Boulder, Westview Press, pp. 3-26.

Moghissi, H.; Rahnama, S. y Goodman, M. J. (2009): *Diaspora by Design: Muslim Immigrants in Canada and Beyond*, vol. 23, Toronto, University of Toronto Press.

Mohanty, C. T. (1991): "Cartographies of Struggle: Third World Women and the Politics of Feminism", en A. R. Chandra Talpade Mohanty (ed.), *Third World Women and the Politics of Feminism*, Bloomington: Indiana University Press, pp. 1-47.

Moore, K.; Mason, P. y Lewis, J. M. (2008): *Images of Islam in the UK: The representation of British Muslims in the national print news media 2000-2008*, Cardiff, Cardiff University, en <http://orca.cf.ac.uk/id/eprint/53005>

Moore, S. F. (1973): "Law and Social Change: the Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study", *Law and Society Review*, 7(1), pp. 719-746.

Morawska, E. (2003): "Immigrant Transnationalism and Assimilation: A Variety of Combinations and the Analytic Strategy it Suggests", en C. Joppke y E. Morawska (eds.), *Toward Assimilation and Citizenship: Immigrants in Liberal Nation-States*, Basingstoke, Palgrave, pp. 133-176.

Moreras, J. (1999): *Musulmanes en Barcelona. Espacios y dinámicas comunitarias*, Barcelona, CIDOB.

Muñiz-Fraticelli, V. M. (2014): *The Structure of Pluralism*, Nueva York, Oxford University Press.

Nielsen, J. S. (1992): *Muslims in Western Europe*, Edimburgo, Edinburgh University Press.

Norris, P. (2005): *Radical Right: Voters and Parties in the Electoral Market*, Nueva York, Cambridge University Press.

Norris, P. e Inglehart, R. (2012): "Muslim Integration into Western Cultures: Between Origins and Destinations", *Political Studies*, 60(2), pp. 228-251.

Nowrot, K. (1999): "Legal Consequences of Globalization: The Status of Non-Governmental Organizations under International Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 6(2), pp. 579-645.

Nussbaum, M. C. (2011): *Creating Capabilities*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press.

Nyiri, Z. (2007): "Muslims in Europe: Basis for Greater Understanding Already Exists", Gallup Polling, 30 de abril, en <http://www.gallup.com/poll/27409/Muslims-Europe-Basis-Greater-Understanding-Already-Exists.aspx>.6

Okin, S. M. (1999): "Is Multiculturalism Bad for Women?", en S. M. Okin, J. Cohen, M. Howard y M. C. Nussbaum (eds.), *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, pp. 7-24.

Okin, S. M.; Cohen, J.; Howard, M. y Nussbaum, M. C. (1999): *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press.

Örücü, E. (2000): “Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition”, *EJCL*. Netherlands Comparative Law Association, 4(1), en <https://www.ejcl.org//41/art41-1.html>

Otto, J. M. (2007): “The compatibility of sharia with the rule of law. Fundamental conflict: between civilisations? Within civilisations? Or between scholars?”, en Adriaan in’t Groen, H. J. Jonge, E. Klasen, H. Papma y P. v. Slooten (eds.), *Knowledge in Ferment: Dilemmas in Science, Scholarship and Society*, Leiden: Leiden University Press, pp. 137-276.

Parekh, B. (2000): *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Pearl, D. y Menski, W. (1998): *Muslim Family Law*, Londres, Sweet & Maxwell.

Phillips, A. (2007): *Multiculturalism without Culture*, Princeton, Princeton University Press.

Phillips, L. (2010): “Equality Before the Law”, en R. Ahdar y N. Aroney (eds.), *Shari’a in the West*, Oxford, New york: Oxford University Press, pp. 309-318.

Putnam, R. D. (2007): “E Pluribus Unum: Diversity and Community in the Twenty-First Century. The 2006 Johan Skytte Prize Lecture”, *Scandinavian Political Studies*, 30(2), pp. 137-174.

Quraishi-Landes, A. (2012): “The Separation of Powers in the Tradition of Muslim Governments”, en R. Grote y T. J. Röder (eds.), *Constitutionalism in islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*, Oxford, Oxford University Press, pp. 63-73.

— (2013): “Rumors of the Sharia Threat are Greatly Exaggerated: What American Judges Really Do with islamic Family Law in Their

Courtrooms”, *New York Law School Law Review*, 57(1253), pp. 245-258.

Raday, F. (2003): “Culture, Religion, and Gender”, *International Journal of Constitutional Law*, 1, pp. 663-715.

Ramadan, T. (1999): *To be a European Muslim*, Leicester, Islamic Foundation.

— (2009): *Radical Reform: islamic Ethics and Liberation*, Oxford, Oxford University Press.

Razack, S. H. (2004): “Imperilled Muslim Women, Dangerous Muslim Men and Civilised Europeans: Legal and Social Responses to Forced Marriages”, *Feminist Legal Studies*, 12(2), pp. 129-174.

— (2007): “The Sharia Law Debate in Ontario: The Modernity/Premodernity Distinction in Legal Efforts to Protect Women from Culture”, *Feminist Legal Studies*, 15(1), pp. 3-32.

Reitman, O. (2005): “On Exit”, en A. Eisenberg y J. Spinner-Halev (eds.), *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 157-171.

— (2005a): “Multiculturalism and Feminism. Incompatibility, Compatibility, or Synonymity?”, *Ethnicities*, 5(2), pp. 216-247.

Renteln, A. D. (2004): *The Cultural Defense*, Oxford, Oxford University Press.

Rohe, M. (2003): “Islamic Law in German Courts”, *Hawwa*, 1(1), pp. 46-59.

— (2004): “Application of Sharia Rules in Europe. Scope and Limits”, *Die Welt des islams. International Journal for the Study of Modern islam*, 44(3), pp. 323-350.

— (2006): “The Migration and Settlement of Muslims: The Challenges for European Legal Systems”, en P. Shah y W. F. Menski (eds.), *Migration, Diasporas and Legal Systems in Europe*, Londres, Routledge-Cavendish, pp. 57-72.

— (2009): “Shari’a in a European Context”, en R. Grillo, R. Ballard, A. Ferrari, A. J. Hoekema, M. Maussen y P. Shah (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Farnham, Surrey, England: Ashgate Publishing Company, pp. 93-108.

Sauca, J. M. y Wences, I. (2009): “Participación ciudadana y diversidad cultural: la Comisión Bouchard-Taylor”, *Andamios*, 5(10), pp. 9-37.

Saunders, D. (2012): *The Myth of the Muslim Tide: Do Immigrants Threaten the West?*, Nueva York, Vintage Books.

Shachar, A. (2000): “The Puzzle of Interlocking Power Hierarchies: Sharing the Pieces of Jurisdictional Authority”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 32, verano, pp. 387-486.

— (2001): *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women’s Rights*, Cambridge, Cambridge University Press.

— (2002): “The Paradox of Multicultural Vulnerability: Individual Rights, Identity Groups, and the State”, en C. Joppke y S. Lukes (eds.), *Multicultural Questions*, Oxford, Oxford University Press, pp. 87-111.

— (2005): “Religion, State, and the Problem of Gender: New Modes of Citizenship and Governance in Diverse Societies”, *McGill Law Journal*, 50, pp. 49-88.

— (2008): “Privatizing Diversity: A Cautionary Tale from Religious Arbitration in Family Law”, *Theoretical Inquiries in Law*, 92(2), pp. 573-607.

— (2010): “State, Religion, and the Family: The New Dilemmas of Multicultural Accommodation”, en R. Ahdar y N. Aroney (eds.), *Shari’a in the West*, Oxford: Oxford University Press, pp. 115-133.

— (2010a): “Faith in Law? Diffusing Tensions between Diversity and Equality”, *Philosophy and Social Criticism*, 36(3-4), pp. 395-411.

Shadid, W. y Koningsveld, S. van (1996): “Loyalty to a non-Muslim Government”, en W. Shadid y S. van Koningsveld (eds.), *Political*

Participation and Identities of Muslims in Non-Muslim States, Kampen, Kok Pharos, pp. 84-115.

Shah, P. (2005): *Legal Pluralism in Conflict: Coping with Cultural Diversity in Law*, Londres, Routledge Cavendish.

— (2005a): “Globalisation and the Challenge of Asian Legal Transplants in Europe”, *Singapore Journal of Legal Studies*, pp. 348-361.

— (2008): “Coping with Super-Diversity in Law: Thoughts on the British Scene”, en R. Mehdi, H. Petersen, E. Reeberg Sand y G. R. Woodman (eds.), *Religion and Law in Multicultural Societies*, Copenhagen, DJØF Publishing, pp. 63-81.

— (2013): “In Pursuit of the Pagans: Muslim Law in the English Context”, *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 45(1), pp. 58-75.

Shah, P. y Menski, W. F. (2006): *Migration, Diasporas and Legal Systems in Europe*, Cavendish, Routledge.

Shahar, I. (2008): “Legal Pluralism and the Study of Shari’a Courts”, *Islamic Law and Society*, 15(1), pp. 112-141.

Shah-Kazemi, S. N. (2001): *Untying the Knot: Muslim Women, Divorce and the Shariah*, Londres, Nuffield Foundation.

Shamsul, A. B. (2015): “One State, Three Legal Systems: Social Cohesion in a Multi-ethnic and Multi-religious Malaysia”, en A. Possamai, J. T. Richardson y B. S. Turner (eds.), *The Sociology of Shari’a: Case Studies from around the World*, Nueva York, Springer, pp. 17-30.

Shore, B. (1996): *Culture in Mind: Cognition, Culture, and the Problem of Meaning*, Nueva York, Oxford University Press.

Šisler, V. (2011): “Cyber Counsellors: Online Fatwas, Arbitration Tribunals and the Construction of Muslim Identity in the UK”, *Information, Communication and Society*, 14(8), pp. 1136-1159, en <http://www.digitalislam.eu/article.do?articleId=7895>

Song, S. (2007): *Justice, Gender, and the Politics of Multiculturalism*, Cambridge y Nueva York, Cambridge University Press.

Sousa Santos, B. de (2002): *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, Cambridge, Cambridge University Press.

Spinner-Halev, J. (2000): *Surviving Diversity: Religion and Democratic Citizenship*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press.

Spinner-Halev, J. y Eisenberg, A. (. (2005): *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press.

Teubner, G. (1991): "The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism", *Cardozo Law Review*, 13, pp. 1443-1462.

— (1997a): "Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society", en G. Teubner (ed.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot, pp. 3-28.

Thomson, H. A. (2004): "Incorporating Muslim Personal Law into UK Domestic Law", 5ª conferencia annual de AMSS, "Fiqh Today: Muslims as Minorities", Londres, University of Westminster.

Turner, B. S. y Arslan, B. Z. (2011): "Shari'a and Legal Pluralism in the West", *European Journal of Social Theory*, 14(2), pp. 139-159.

Turner, B. S. y Possamai, A. (2015): "Introduction: Legal Pluralism and Shari'a", en A. Possamai, J. T. Richardson y B. S. Turner (eds.), *The Sociology of Shari'a: Case Studies from Around the World*, Nueva York, Springer, pp. 1-13.

Vanderlinden, J. (1989): "Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 21(28), pp. 149-157.

Wallace Goodman, S. (2014): *Immigration and Membership Politics in Western Europe*, Cambridge, Cambridge University Press.

- Watson, A. (1974): *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edimburgo, Scottish Academic Press.
- (1995): “From legal Transplants to Legal Formants”, *The American Journal of Comparative Law*, 43(5), pp. 469-476.
- (2001): *Society And Legal Change*, Filadelfia, Temple University Press, 2^a ed.
- Webber, J. (2017): *Las gramáticas de la ley. Derecho, pluralismo y justicia*, Barcelona, Anthropos.
- Weiss, B. G. (1998): *The Spirit of Shari’a*, Atenas, Georgia, University of Georgia Press.
- Wences, I. (2015): “Diversidad cultural y acomodos razonables. Una lectura desde la no dominación”, *Foro Interno*, 15, pp. 39-67.
- Williams, R. (2008): “Civil and Religious Law in England: A Religious Perspective”, *Ecclesiastical Law Journal*, 10(03), pp. 262-282.
- Wilson, R. F. (2010): “Privatizing Family Law in the Name of Religion”, *William & Mary Bill of Rights Journal*, 18(4), pp. 925-953.
- Witte, J. y Nichols, J. A. (2010): “Faith-based family laws in Western democracies?”, *Fides et Libertas: The Journal of the International Religious Liberty Association*, pp. 119-132.
- Woolf, H. K. (1995): *Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, Londres, Lord Chancellor’s Department.
- Wray, H. (2009): “Moulding the Migrant Family”, *Legal Studies*, 29(4), pp. 592-618.
- Yilmaz, I. (2000): “Muslim Law in Britain: Reflections in the Socio-Legal Sphere and Differential Legal Treatment”, *Journal of Muslim Minority Affairs*, 20(2), pp. 353-360.
- (2002): “The Challenge of Post-Modern Legality and Muslim

Legal Pluralism in England”, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 28(2), pp. 343-354.

— (2005): *Muslim laws, Politics and Society in Modern Nation States: Dynamic Legal Pluralisms in England, Turkey and Pakistan*, Aldershot, Ashgate.

NOTAS

1 . Por minoría étnica entiendo a grupos o comunidades que se componen de individuos que tienen en común rasgos culturales como la religión, el idioma, la vestimenta, la alimentación o determinados nexos históricos y territoriales. También hace referencia a grupos de personas con elementos étnicos o raciales compartidos, pero no es una condición necesaria. Por tanto, a lo largo de este libro haré referencia a los grupos o minorías étnicas y religiosas indistintamente. Esto no significa que sean términos análogos, si bien sí son complementarios, ya que los grupos o minorías religiosas, frente a los grupos o minorías étnicas, solo comparten un nexo en común, la religión, aunque pueden también compartir otros rasgos étnicos como la raza, como algunos grupos etnorreligiosos como la comunidad judía, que heredan su condición de la madre. Lo mismo podría ocurrir con la comunidad musulmana, ya que los hijos heredan su adscripción religiosa del padre. En el caso de las minorías musulmanas en Occidente, cuando me refiera a ellas lo haré principalmente por su identificador común, la religión, si bien es verdad que puede haber matices en muchas de sus propuestas y acciones reivindicativas dependiendo de la etnia o el nexo histórico territorial.

2 . Véase el informe realizado por el Centre for Social Cohesion acerca del funcionamiento de los tribunales rabínicos en Reino Unido. El informe fue elaborado tras la polémica que se generó por un discurso del arzobispo de Canterbury, Rowan Williams, que analizaremos a continuación. El informe trata de explicar el funcionamiento de estos tribunales y su tradición histórica dentro de la comunidad judía de Gran Bretaña. El texto puede localizarse en la web de Henry Jackson Society <https://henryjacksonsociety.org/>

3 . <http://muslimcanada.org/>

4 . <http://muslimcanada.org/justice.html>

5 . El texto de la ley se encuentra modificado por el Family Statute Law Amendment Act de 2009.

6 . La ley fue creada en la provincia de Ontario bajo la recomendación de otra de carácter federal promulgada un año antes, la Uniform Arbitration Act, que animaba a todas las provincias canadienses a desarrollar su propia normativa sobre arbitraje.

7 . En su artículo 32 señalaba que “en la resolución de un conflicto, el tribunal de arbitraje aplicará las normas designadas por las partes o, si estas no han designado ninguna, las que consideren apropiadas atendiendo a las circunstancias”.

8 . Tanto en Ontario como en Quebec, los miembros de la comunidad judía pueden acudir también a los Beth Din o tribunales rabínicos para la resolución de sus disputas. En hebreo Beth Din significa literalmente “casa de juicios”. En el caso Cha’are Shalom Ve Tsedek contra Francia, de 27 de junio de 2000, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos los definía como los órganos judiciales encargados de supervisar el cumplimiento de las leyes dietéticas que rigen los hábitos alimentarios de los judíos (kashrut) para que sean aptos (kosher) o no (taref). Pero además de velar por la observancia de los preceptos religiosos, los Beth Din regulan también diversas cuestiones relacionadas con las normas religiosas judías para los asuntos relativos al matrimonio, el divorcio y las conversiones, y resuelven las disputas que puedan surgir entre la comunidad judía en los ámbitos civil y mercantil, pero nunca sobre

asuntos penales. Para resolver los conflictos, estos tribunales rabínicos fundamentan sus decisiones y procedimientos con base en la Torá, el Talmud, a las leyes recopiladas en la halajá y en los principios generales del Derecho Judío (p'shara krova l'din). En el caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, los Beth Din pueden enviar una invitación (hazmana) a cualquier persona para que tome parte en el proceso y ayude a resolver la disputa. Y en el caso de que alguna de las partes no estuviera de acuerdo con la resolución dictada, siempre le queda la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria. En Europa, los Beth Din más conocidos son los de Londres, París y Estrasburgo.

9 . La polémica fue impulsada tanto por los medios de comunicación como por asociaciones de mujeres en contra de la aplicación de la sharía, donde las nuevas tecnologías también tuvieron su papel importante, como la realizada por la web <http://www.nosharia.com>

10 . El texto puede obtenerse en <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/>

11 . En algunos estados de Estados Unidos también han prohibido a los tribunales la aplicación de leyes religiosas: Oklahoma, Texas, Wyoming, Dakota del Sur, Arizona y Carolina del Sur.

12 . El discurso puede consultarse en la web personal del arzobispo Rowan Williams <http://rowanwilliams.archbishopofcanterbury.org/>

13 . El derecho anglosajón, conocido como common law, es un sistema jurídico cuya fuente principal son las decisiones jurisprudenciales. Es un cuerpo legal que no proviene de la actividad legislativa, sino que está sujeta a los principios y reglas

que se derivan de las opiniones que han sido emitidas por los altos tribunales. Aunque las opiniones de estos tribunales son vinculantes, se abre la posibilidad de que ante nuevos casos puedan tomarse otras decisiones si se demuestra que concurrieron elementos diferentes. Es decir, que en el common law la sentencia induce la norma. La principal característica del derecho anglosajón frente al derecho continental, heredero del derecho romano, es su flexibilidad, ya que el origen del common law estuvo en los usos y costumbres. En la actualidad, la tendencia es hacia una mayor codificación de las reglas jurídicas, donde la producción de normas escritas está desplazando cada vez más a los antiguos precedentes judiciales, pero sigue manteniendo una mayor flexibilidad que el derecho continental.

14 . En Reino Unido, la Comisión Legislativa para la Reforma Legal, un órgano independiente creado para el estudio de la leyes y la propuesta de posibles reformas para su continua adaptación, aboga en alguno de sus informes por una interpretación amplia del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el que se recoge el derecho a la tutela judicial efectiva, para incluya a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como parte de un sistema moderno de acceso a la justicia (1.02).

15 . No se sabe exactamente cuántos tribunales de arbitraje islámicos existen en Reino Unido. El número oscila entre los 35 y los 85 tribunales, dependiendo de la fuente. La cifra más alta la dio Nigel Farage, líder del UKIP, en una entrevista realizada en BBC Radio 4 Today en enero de 2015, pero se apoyaba en un informe de 2009 de Civitas, un conocido think tank contrario al reconocimiento de estos tribunales. Entre los más conocidos está el de Leyton, en el este de Londres, que se hizo famoso gracias a un programa de la BBC titulado Secrets of Britain's Sharia Councils y emitido en abril de 2013. Este documental ha sido criticado por el profesor John R. Bowen, conocido antropólogo experto en el mundo musulmán. En un artículo publicado en The Guardian el 26 de abril de 2013, J. R. Bowen defendía que, al contrario de lo que se mostraba en el

documental, estos tribunales no han establecido un sistema paralelo de justicia, sino más bien un sistema de asesoramiento no jurídico para cuestiones religiosas relacionadas con la familia.

16 . Los Barelwi y Deobandi son movimientos dentro de la rama suní del islam que pertenecen a la escuela hanafí. Proviene del norte de la India y Pakistán.

17 . Madhhab es, en sentido técnico, “escuela jurídica o sistema de derecho”.

18 . En 2010, el ministro de Justicia británico encargó un informe sobre los tribunales de sharía y su funcionamiento (Bano, 2012). En sus conclusiones, el informe dejaba claro que tales tribunales no pretendían reemplazar en materia civil a los tribunales ordinarios y que su objetivo era únicamente dar apoyo espiritual y práctico en cuestiones relativas al derecho de familia musulmán.

19 . Pánico moral es un término sociológico utilizado para describir la reacción que experimenta una sociedad ante un suceso concreto sobre el que proyecta todas sus ansiedades. Generado normalmente a través de los medios de comunicación, un pánico moral es el síntoma de una crisis en los valores de una sociedad por el temor a perder el control sobre sus referentes internos. El término surgió tras los sucesos ocurridos en las playas de veraneo de Gran Bretaña en 1964, cuando grupos de mods y rockers se enfrentaron entre sí por la hegemonía en la subcultura juvenil británica. El término fue acuñado por primera vez en 1972 por el sociólogo Stanley Cohen (2002), y más tarde fue sistematizado por Goode y Yehuda (1994).

20 . En particular, el caso de Amina Lawal, una mujer nigeriana condenada a muerte por lapidación. Véase noticia de El País de 27

de septiembre de 2003.

21 . En el año 2012, en Canadá se siguió con gran interés el juicio a Mohammed Shafia, un inmigrante afgano que había sido acusado de asesinar en 2009 a su primera mujer y a tres hijas que tuvo con su segunda esposa, también sospechosa de haber colaborado de alguna forma en el crimen junto a su otro hijo. El caso suscitó gran interés no solo porque se sospechara que se trataba de un crimen de honor, sino porque el acusado mantenía con las dos mujeres un matrimonio poligámico de forma oculta. La noticia principal puede leerse en La Presse, 5 de diciembre de 2011. Hay disponible un dossier con la recopilación de los artículos relacionados con el caso. Para el estudio de los crímenes de honor, ver Korteweg y Yurdakul (2010) y Yurdakul y Korteweg (2013).

22 . Véanse los artículos de Razack (2007), Bakht (2007) y Koterweg (2008).

23 . Trevelyan, L., “Will Canada Introduce Sharia Law?”, BBC News, 26 de agosto de 2004: http://news.bbc.co.uk/2/hi/programmes/from_our_own_correspondent/3599264.stm

24 . La “International Campaign against the Sharía Court in Canada” fue organizada por miembros de varias asociaciones que defendían la universalidad de la ley para todos los ciudadanos (“One law for all”), independientemente de su condición religiosa, cultural, de sexo o raza. Aunque fue creada para realizar una campaña en contra del reconocimiento de la sharía en Ontario, en la actualidad sigue haciendo un seguimiento de cualquier reconocimiento cultural o de derechos colectivos que suponga la vulneración de derechos individuales, sobre todo de mujeres y niños. La actividad de esta plataforma se encuentra alojada en su web <http://www.nosharia.com/>, y en la actualidad está dirigida

contra la Bill-S7, una ley que intenta modificar la Ley de Protección de Inmigrantes y Refugiados, la Ley de Matrimonio Civil y el Código Penal canadiense. Esta campaña pretende acabar con “prácticas culturales bárbaras”, como la poligamia y los matrimonios forzados o con niñas, mediante la exigencia del consentimiento explícito de los contrayentes, el rechazo de la entrada en el país a cualquier persona que forme parte de una relación poligámica o la exigencia de una caución penal o de buena conducta (peace bond) para cualquier persona que viaje fuera del país con menores. La ley exige el consentimiento previo de los contrayentes y establece la edad mínima legal para contraer matrimonio en 16 años, además de incluir una serie de penas para quienes contravengan estos requisitos. La plataforma no está en contra de la ley en sí, pero la ven insuficiente para luchar contra los abusos de algunas culturas que, según sus palabras, pretenden introducir prácticas abusivas de hace siglos contra mujeres y niños. En concreto, creen que el límite de los 16 años para la capacidad legal para contraer matrimonio es insuficiente para evitar que se celebren matrimonios forzados, y critican que no se haya aprovechado la ocasión para desarrollar un plan de protección de mujeres inmigrantes que residan en Canadá y se hayan visto forzadas a casarse fuera de las fronteras canadienses por presiones de su entorno familiar y cultural.

25 . Es una organización que nació de la mano de musulmanes con visiones más progresistas, liberales, pluralistas y seculares. Entre sus fundadores destaca Tarek Fatah, un controvertido pensador canadiense que ejerció una fuerte oposición al reconocimiento de los tribunales de sharía en Ontario.

26 . Gracias a la propuesta privada de ley realizada por uno de los miembros de la Cámara de los Lores, Caroline Cox,

27 . Se puede consultar el estado de la tramitación del proyecto de ley en el siguiente enlace: <https://services.parliament.uk/bills/2014-15/arbitrationandmediationserviceequality.html>

28 . Se trata de un conocido think tank conservador (Pautz, 2013), que está detrás de la plataforma contra la sharía, One Law For All. El informe fue escrito por Denis MacEoin, que fue editor del Middle East Quarterly, una revista publicada por el think tank americano Middle East Forum, de carácter conservador. Las conclusiones del informe rechazan totalmente el reconocimiento de la sharía en el sistema judicial británico bajo el amparo de la legislación sobre arbitraje.

29 . Un resumen de la postura de Denis MacEoin puede consultarse en una noticia de The Guardian publicada el 29 de junio de 2009. <https://www.theguardian.com/commentisfree/belief/2009/jun/29/religion-islam-sharia-britain>

30 . Sharia Law or One Law For All?, publicado en 2009.

31 . Sobre el sensacionalismo de algunos medios en relación a los musulmanes, véase noticia publicada el 12 de mayo de 2014 en The Guardian: <https://www.theguardian.com/world/2014/may/12/muslim-scare-stories-media-halal-sharia-niqab>

32 . Algunos medios alemanes, ingleses o daneses alertaron de la existencia de “patrullas de la sharía”, una especie de policía de la ortodoxia que acosaba a todos aquellos ciudadanos, musulmanes o no, que no cumplieran las costumbres musulmanas más conservadoras en un determinado barrio. Algunos medios españoles también se hicieron eco de la noticia: <https://www.libertaddigital.com/mundo/2011-10-26/la-sharia-en-el-corazon-de-europa-esta-usted-en-una-zona-controlada-por-la-ley-islamica-1276439467/>

33 . La comunidad musulmana de Reino Unido consiguió, por ejemplo, que la Law Society, la asociación británica de abogados, redactara un código de buenas prácticas para los abogados que representaran intereses de musulmanes que desean resolver sus asuntos conforme a la sharía. Estas recomendaciones fueron criticadas por muchos sectores de la sociedad británica, sobre todo por los más conservadores. La noticia puede consultarse en el Daily Mail, en una publicación de 23 de marzo de 2014: <https://www.dailymail.co.uk/news/article-2587215/Sharia-Law-enshrined-British-legal-lawyers-guidelines-drawing-documents-according-islamic-rules.html>

34 . En octubre de 2014, un individuo entraba armado en el Parlamento canadiense, dando muerte a una persona y siendo finalmente abatido. La noticia puede consultarse en El País, en una publicación de 23 de octubre de 2014: https://elpais.com/internacional/2014/10/22/actualidad/1413987469_517627.html

35 . El ataque se considera el primer atentado de carácter yihadista en Canadá. La noticia puede consultarse en una publicación de El País de 22 de octubre de 2014.

36 . La noticia impactó mucho en la sociedad canadiense, al ser una célula terrorista integrada por algunos musulmanes de segunda generación con ciudadanía canadiense. Puede consultarse en una noticia aparecida en El País el 4 de junio de 2006: https://elpais.com/diario/2006/06/04/internacional/1149372003_850215.html

37 . Encuesta realizada por la Canadian Race Relations Foundation y publicada en noviembre de 2014 para el estudio de los valores canadienses. En ella se muestra, básicamente, el alto grado de apoyo de los canadienses a las políticas multiculturales, pero con

ciertos reparos a que determinadas expresiones religiosas tengan su reconocimiento en la esfera pública.

38 . En un exhaustivo estudio comparativo, Pippa Norris y Ronald Inglehart (Muslim Integration into Western Cultures: Between Origins and Destinations, 2012) trataron de medir el grado de integración de los musulmanes en los países occidentales. Aunque reconocen que existen grandes diferencias culturales entre los inmigrantes musulmanes y los países que los reciben, sobre todo con respecto a la religiosidad y los roles de género, concluyeron que, por lo general, los inmigrantes musulmanes suelen experimentar un cambio de valores gradual en conformidad con la cultura dominante. Esto demuestra que, en realidad, los musulmanes establecidos en Occidente no acaban formando subculturas separadas de la cultura mayoritaria, sino que estarían a medio camino entre el grado de religiosidad que se expresa en los países islámicos de procedencia y el de los países occidentales. Se produce, además, un hecho significativo: la mayoría de los inmigrantes musulmanes eligen el país de destino en función de la compatibilidad de sus valores con los de la cultura de destino, produciéndose una autoselección con la que se intenta equilibrar los valores propios con los de la sociedad receptora.

39 . NatCen Social Research es agencia independiente de estudios estadísticos y sociales.

40 . La encuesta “National Identity and Attitudes to Immigration” puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.bsa.natcen.ac.uk/latest-report/british-social-attitudes-31/national-identity/national-identity-and-attitudes-to-immigration.aspx>

41 . Sobre la tendencia a la concentración de las comunidades

musulmanes en barrios o enclaves determinados, véase artículo publicado en The Telegraph el 13 de febrero de 2015: <https://www.telegraph.co.uk/news/uknews/immigration/11409181/British-Muslims-integration-and-segregation-are-about-economics-not-values.html>

42 . Un artículo del Washington Post publicado el 6 de octubre de 2014 señala precisamente que la falta de integración de los musulmanes británicos se debe a su alienación social más que a otros factores de carácter cultural: <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2014/10/06/the-root-problem-of-muslim-integration-in-britain-is-alienation/>

43 . En un estudio realizado por la Universidad de Essex, los musulmanes británicos tienen un grado de identificación con el país más alto que otros muchos británicos. El grado de integración o alienación de los musulmanes británicos tiene que ver más con su condición económica que con su origen étnico.

44 . El bajo nivel educativo de los jóvenes musulmanes varones se debe a diversos motivos endógenos, como el hacinamiento en los guetos de las ciudades, el débil dominio del inglés y los bajos niveles de participación por parte de los padres en los asuntos de la escuela, las bajas expectativas de los profesores de las escuelas donde estudian, la eliminación del islam de los planes de estudio y los prejuicios racistas y antimusulmanes (Wilkinson, 2014).

45 . El problema de la confianza en sociedades diversas, al que haremos referencia más adelante, mantiene que un mayor grado de heterogeneidad étnica y racial viene siempre acompañado de un menor nivel de confianza y compromiso cívico (Stolle et al., 2008).

46 . Datos extraídos de la encuesta elaborada por el Environics Institute de Canadá. Los datos a los que me refiero se encuentran en la página 87.

47 . No existe ninguna evidencia histórica que avale esta “constitución implícita”. Aquellos académicos que defienden su existencia suelen referirse a un sistema normativo que en realidad nunca llegó a promulgarse: el Rashidun, califato bien guiado o califato ortodoxo, que es el nombre que se le da en la tradición sunní al sistema que estuvo vigente durante los cuatro primeros califas que sucedieron al Profeta (632-661). Otros hacen referencia al orden político y social que prevaleció durante la Edad Media en aquellos lugares donde los musulmanes eran mayoría o donde se establecieron regímenes políticos en nombre del islam. En ambos casos, la fuente de la influencia del pasado en el presente sigue siendo un misterio. Simplemente se da por sentado, pero hasta ahora no existe una razón clara que explique ese determinismo del pasado en las actuales comunidades musulmanas. Para poder entender esta convicción académica habría que situarse en los estudios orientalistas del siglo XIX sobre la historia política del islam (El-Hibri, 2010: 17).

48 . “Los ataques al multiculturalismo se han convertido en una manera indirecta de atacar al islam y a los musulmanes” (Esposito y Kalin, 2011: 4).

49 . Alternative Dispute Resolution. Los ADR tienen su origen en la práctica de la mediación en los Estados Unidos. Este mecanismo comenzó a utilizarse en la década de 1930, sobre todo en el ámbito laboral, y hasta los años sesenta se extendió a otras áreas, como la comunitaria primero y después la familiar. Posteriormente, tras comprobar su eficacia, la mediación se popularizó entre jueces y abogados. Fue en la segunda mitad de los años setenta cuando nació el llamado movimiento ADR, sobre todo gracias al célebre sistema de multi-door courthouse, con el que se establecía una relación

complementaria entre los tribunales ordinarios y los ADR. Entre los países de common law, la expansión fue prácticamente inmediata en Australia, Canadá y Reino Unido, gracias al carácter práctico y flexible de sus sistemas procesales. En los países con implantación del derecho civil, el proceso de expansión fue más lento, pero la influencia se empezó a notar ya a partir de los años ochenta (Macho Gómez, 2014).

50 . En la actualidad, existe entre los especialistas una polémica sobre la consideración del arbitraje como ADR. En el ámbito comercial, en Estados Unidos sí se los suele considerar así, mientras que en Europa la postura mayoritaria aboga por su exclusión. Los argumentos en favor tienen en cuenta dos de las principales características de los ADR: que el árbitro no está ejerciendo una potestad jurisdiccional y que las partes se han sometido voluntariamente al arbitrio. Los argumentos en contra apuntan, por un lado, a la flexibilidad de los ADR, que el arbitraje habría precisamente perdido por su creciente tendencia a la regulación, dado su mayor protagonismo en las transacciones internacionales; por otro lado, debido a la obligatoriedad y carácter definitivo que han ido ganando los laudos arbitrales, una característica hasta hace poco exclusiva de los procesos judiciales (Macho Gómez, 2013).

51 . La justicia material concreta las apelaciones normativas genéricas propias de la justicia formal para adquirir fuerza sustantiva.

52 . En el artículo 1.1 del Código Civil español, por ejemplo, se indica que las fuentes del ordenamiento jurídico son “la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”, pero en su artículo 1.6 se dice que la jurisprudencia, junto con la doctrina, complementarán al ordenamiento jurídico, por lo que la jurisprudencia queda designada de modo indirecto como fuente del derecho.

53 . Aquí se abre otra cuestión: la eficacia de una norma no siempre requiere una sanción de los poderes públicos, porque las fuentes de autoridad no siempre provienen del Estado. Véase Muñiz-Fraticelli (2014).

54 . La privatización del derecho de familia tiene como consecuencia que la resolución de las disputas quede fuera del ámbito formal del sistema judicial y, por tanto, fuera del alcance de las garantías procesales que protegen a los litigantes. Como consecuencia, dada la falta de publicidad de los acuerdos alcanzados, las desigualdades sociales tenderán a reproducirse y perpetuarse en el tiempo, afectando especialmente a las mujeres (Goundry et al., 1998: 39-40).

55 . Lo curioso es que la nueva ley de arbitraje limitó, en efecto, la posibilidad de aplicar otras normas que no fueran las canadienses en los procesos de arbitraje, pero, en cambio, no se fijó ningún límite para que las normas religiosas pudieran aplicarse en los procesos de mediación. La mayoría de las disputas sobre derecho de familia que pretenden resolverse mediante los ADR se realizan a través de la mediación. En la sección 59.2 (2) del texto reformado de la Family Law Act se deja abierta la posibilidad de que los acuerdos matrimoniales sean negociados o mediados conforme a normas religiosas, por lo que sería posible aplicar normas islámicas: “Cuando una decisión sobre un asunto descrito en la cláusula (a) sobre la definición de ‘arbitraje familiar’ de la sección 51 es realizada por una tercera persona en un proceso que no se lleva a cabo exclusivamente de acuerdo con las leyes de Ontario o de otra jurisdicción canadiense: a) el proceso no es un arbitraje de familia; y b) la decisión alcanzada no es un laudo arbitral y no tiene efectos jurídicos. (2) Nada en esta sección restringe el derecho de cualquier persona a obtener el asesoramiento de otra persona” (la cursiva es mía).

56 . “One law for all”.

57 . Debemos aquí recordar que la sharía es una guía moral de conducta con unas normas concretas, pero no es un sistema jurídico codificado. En el próximo capítulo podremos ver con más detenimiento cuál es la naturaleza de la sharía.

58 . Se puede establecer un paralelismo entre estas dos funciones y los aspectos legales que contienen el matrimonio y el divorcio: el estatuto personal y el régimen de propiedad.

59 . Una ilustración de esas desigualdades en el caso del derecho judaico ha sido reflejada en el largometraje de Roni y Shlomi Elkabetz (dirs.) (2014): Gett: El divorcio de Viviane Amsalem [Israel, Francia, Alemania], Arte France Cinéma-Canal + France-DBG.

60 . Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Caso Osmanoğlu y Kocabaş contra Suiza. Sentencia de 10 de enero 2017.

61 . Es decir, las normas relativas al estado civil y la capacidad jurídica de las personas.

62 . Esto, más que una afirmación, es una descripción de la percepción social que se ha normalizado. No importa si realmente es así o no, porque el conflicto con las normas de la sociedad de acogida se genera ya solo con esta percepción, sin entrar en el fondo. Existe, no obstante, un interesante debate sobre el grado de adhesión de los musulmanes al patriarcado, que fue iniciado con el estudio de Ronald Inglehart y Pippa Norris (2003a; 2003b). En sus

trabajos, estos autores analizaron la relación entre el islam y los valores patriarcales para sostener finalmente que la preferencia del mundo musulmán por las estructuras patriarcales se debe a una cuestión cultural y a la falta de una modernización completa de las instituciones de sus países. Consideran que el problema no es el de la preferencia o no por un mayor grado de democracia, sino del escaso desarrollo de lo que estos autores denominan los “valores de autoexpresión” (self-expression values), como la tolerancia, la igualdad de género, la libertad de expresión, etc., que miden el grado de autonomía de una sociedad. Como los mismos autores señalan, no es tanto el demos como el eros (Inglehart y Norris, 2003a: 65). Esta postura fue discutida por otros trabajos posteriores en los que, si bien seguían sosteniendo la existencia de esa misma relación entre el islam y el sistema patriarcal, la explicación no se fundamentaba tanto en razones culturales como en razones estructurales derivadas de las relaciones económicas y políticas de poder. La preferencia por el patriarcado no sería, pues, algo implícito al mundo musulmán, sino que habría perdurado en el islam debido a otros factores que han impedido la modernización de sus sociedades como, por ejemplo, su posición geoestratégica (Ross, 2008) y el impedimento de que las mujeres accedan al mercado laboral y tengan influencia política como trabajadoras. Más recientemente, un estudio multinivel ha cruzado toda una serie de variables cuantitativas, como el nivel socioeconómico, el grado educativo o la edad, entre una amplia muestra para poder comparar cómo fluctúan determinados valores entre musulmanes con diferentes características socioeconómicas (Alexander y Welzel, 2011). La conclusión a la que llegan es que esa relación tan evidente hasta ahora entre el islam y el sistema patriarcal no es tan clara, y que el apoyo de los musulmanes a los valores patriarcales depende en gran medida de la posición socioeconómica que se ocupe, el rango de edad y, sobre todo, el nivel educativo. Esto es especialmente evidente, según los autores, cuando se analiza la opinión de las mujeres. No es, por tanto, la sociedad la que determina la mayor o menor adhesión a los valores patriarcales, sino el estatus y el grado educativo de la persona a la que se pregunte.

63 . No solo se niega la posibilidad de un reconocimiento recíproco de otras formas o modelos familiares, sino que se rechaza también la realidad transnacional de muchas familias y la identidad dual de la mayoría de los inmigrantes. Los inmigrantes son individuos “a menudo bilingües que se mueven fácilmente entre diferentes culturas, conservan con frecuencia su sentimiento de pertenencia a dos países diferentes y persiguen intereses económicos, políticos y culturales que requieren su presencia en todos ellos” (Portes, 1997: 812).

64 . El término pilarización (verzuiling) en Holanda describe la forma vertical en la que está organizada la sociedad y alude a las complicadas relaciones existentes entre la lealtad y la vida institucional de sus ciudadanos. La vida política holandesa está tradicionalmente dividida en diferentes segmentos o pilares en función a las diferentes ideologías y religiones existentes, cada una con sus propias instituciones sociales, dentro de las cuales, y pocas veces fuera de ellas, se relacionan sus ciudadanos de una manera segregada. Es un modelo que mantuvo una fuerte institucionalización hasta mediados del siglo pasado y, aunque en la actualidad está en desuso, aún sigue permeando algunas relaciones sociales.

65 . Una “neutralidad positiva” (Bencheikh, 1998), según Mathias Rohe (2009: 104): es decir, que el Estado debe implicarse de una manera activa para que sus ciudadanos disfruten de un igual grado de libertad de conciencia y de religión. Pero esto es, en realidad, una aspiración más normativa que efectiva, ya que la mayoría de los Estados están condicionados por un pasado confesional que han tratado de transformar por las exigencias del Estado moderno. Para ello, han tratado de someter la relación del Estado con las confesiones religiosas a los principios del secularismo. Algo que, institucionalmente, no han conseguido del todo.

66 . Desde el punto de vista del liberalismo político de Rawls, la

relación del Estado con las diferentes doctrinas comprensivas, como las distintas religiones, debe hacerse desde la razonabilidad de sus propuestas. Es decir, para que dentro de una misma sociedad puedan convivir diferentes doctrinas comprensivas, cada una de ellas debe renunciar a imponerse sobre las demás y únicamente aspirar a su validez general mediante el sometimiento de sus premisas a un ejercicio público de la razón, siendo conscientes de sus límites morales o cargas de juicio. Por tanto, la pretensión de validez de sus razones debe someterse al escrutinio de los demás para ser comprendidas, debatidas y finalmente aceptadas para que formen parte de un acuerdo operativo de convivencia (Habermas y Rawls, 1998).

67 . Es decir, que debe ser probado por el interesado y no contravenir el orden público o los principios generales del Estado. La calificación del derecho extranjero como “hecho procesal” es un mecanismo legal para el reconocimiento de sus consecuencias jurídicas en el territorio nacional, pero sin que su reconocimiento suponga una amenaza a la soberanía del Estado (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 1999).

68 . Lo curioso es que la polémica se generó tras una interpretación errónea del discurso del arzobispo, que en ningún momento habló de apoyar un sistema paralelo de justicia, sino de cómo configurar un tipo de jurisdicción suplementaria mediante la delegación de ciertas cuestiones de derecho de familia en los tribunales religiosos. Esta es la interpretación errónea que hizo David Cameron ante la Comisión de Igualdad y Derechos Humanos, en un discurso pronunciado el 26 de febrero de 2008 con el título de “Extremism, individual rights and the rule of law in Britain”.

69 . En parecidas circunstancias a como cuando un individuo acude al foro normativo que más le conviene, generando un comportamiento que denominamos antes forum shopping.

70 . “Luego, te pusimos en una vía respecto a la Orden. Síguela, pues, y no sigas las pasiones de quienes no saben” (Corán 45: 18).

71 . No todo el mundo está de acuerdo con esta similitud. La crítica viene porque sharía y derecho islámico o musulmán no son términos contemporáneos. Con la colonización de los países musulmanes, los eruditos orientalistas y los administradores coloniales trataron de construir un derecho a imagen del occidental mediante la codificación de las prácticas y costumbres de los territorios colonizados que estaban inspiradas en la sharía, es decir, mediante la transformación de las normas islámicas en derecho, indagando en el fiqh y seleccionando todas aquellas normas que eran susceptibles de formar un corpus jurídico semejante al derecho occidental. Pero a pesar del carácter intervencionista de los poderes coloniales, lo cierto es que el pensamiento jurídico y político de las sociedades de mayoría musulmana acabó asumiendo este modelo (Dupret, 2015: 19).

72 . “The World’s Muslims: Religion, Politics and Society”, encuesta del Pew Research Center publicada el 30 de abril de 2013.

73 . Las principales escuelas jurídicas del islam o madāhib son la hanafí, la malikí, la shafí'i y la hambalí de la rama suní del islam. Los chiíes tienen su propio madhab, el ya`farí que fue fundado por el imán Ya`far as-Sadiq.

74 . También el contacto de las leyes islámicas con el common law en las antiguas colonias inglesas de Malasia ha dado lugar a un cuerpo jurídico híbrido (Horowitz, 1994).

75 . El universalismo jurídico, junto con el individualismo metodológico y el contractualismo político liberal, ha sido la base constitutiva de la modernidad (Fariñas Dulce, 1999). El universalismo jurídico plantea una aproximación abstracta y neutral al derecho y al individuo en aras de establecer una igualdad formal.

76 . Como respuesta al etnocentrismo planteado por Benhabib, véase una defensa del universalismo en Martin Hollis (1999).

77 . Lo que se denomina como Angrezi Shari'a (Menski y Pearl, 1998: 74).

78 . Sentencia del TEDH de 13 de febrero de 2003, que puede ser consultada en la web del tribunal: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60936>

79 . Para un estudio en profundidad, véanse los trabajos de M^a Eugenia López-Jacoiste Díaz (2003), Francisco Javier García Roca (2002), Carmen Quesada Alcalá (2003), Miguel Ángel Cañivano Salvador (2001), Javier Tajadura Tejada (2008) y Juan Manuel Herreros López, (2004).

80 . El Convenio puede consultarse en la web del TEDH. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

81 . El Partido del Bienestar terminó siendo abolido por el Consejo de Seguridad Nacional de Turquía en el año 2000 de la mano del estamento militar y por la amenaza que, a juicio del Consejo, suponía su existencia para la naturaleza secular de la República de Turquía. Solo un año después, algunos integrantes del Refah Partisi

fundaron el Partido de la Justicia y el Desarrollo (AKP), que en la actualidad ostenta el Gobierno de la mano de uno de sus fundadores, Recep Tayyip Erdogan. El partido logró alcanzar el poder en 2002, consiguiendo un 34% de los votos y obteniendo 363 escaños en el Parlamento de los 550 en juego. Durante el primer año, el partido fue dirigido por Abdullah Gül, ya que desde 1998 Erdogan había sido condenado y expulsado de la política. Pero más tarde, y tras un cambio constitucional apoyado por su partido, Erdogan consiguió obtener un escaño en el parlamento turco y proclamarse primer ministro hasta 2014, cuando fue elegido presidente de la República, cargo que ostenta en la actualidad. En sus orígenes, el AKP era considerado un partido conservador moderado, con interés en las reformas constitucionales para la promoción de los derechos humanos y el reconocimiento de las libertades étnicas y religiosas, una postura liberal hacia la economía y en favor de la privatización de sectores estratégicos y una clara voluntad de lograr una buena relación con la UE para su consideración como potencial miembro de la misma. La deriva actual del partido le ha llevado a abandonar el pragmatismo de un islamismo moderado y liberal para adoptar una postura más autoritaria, más aún tras el fallido golpe de Estado del 15 de julio 2016. Tras el intento golpista, y después de varias purgas en la Administración, ese mismo año se volvieron a celebrar elecciones generales y el partido de Erdogan recuperó la mayoría absoluta. Con la legitimidad que le otorgaron las urnas, en abril de 2017 se celebró un referéndum para convertir el sistema parlamentario en un sistema presidencial con menos mecanismos de control, lo que suscitó dudas sobre su legitimidad entre diversos organismos internacionales.

82 . Cfr. párrafo 119 de la sentencia de febrero de 2003.

83 . Ibid., párrafo 40.

84 . https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

85 . “El papel de la ley secular no es la disolución de todas estas identidades en nombre del universalismo, sino el control de tales afiliaciones para prevenir la creación de comunidades aisladas entre sí donde las libertades individuales puedan ser incompatibles y las personas concretas queden sometidas a las restricciones o injusticias para las que no hay ningún tipo de reparación pública” (Williams, 2008: 271-272).

86 . El Islamic Institute of Civil Justice (IIPC) en Canadá, o el Muslim Council of Britain (MCB), como vimos en el primer capítulo.

87 . En la década de los setenta, la Unión de Organizaciones Musulmanas de Reino Unido e Irlanda (Union of Muslim Organisation of UK & Ireland) solicitó la aplicación de un estatuto legal especial para los musulmanes británicos en materia de derecho de familia (Poulter, 1998: 201); en la década de los noventa, la Muslim Society of Canada pidió el reconocimiento de algunas normas del estatuto personal musulmán en el derecho canadiense (Cesari, 2004: 56).

88 . Discurso del exarzobispo Rowan Williams en la apertura del General Synod en febrero de 2008: <http://aoc2013.brix.fatbeehive.com/articles.php/1326/presidential-address-to-the-opening-of-general-synod-february-2008>

89 . Sobre esta cuestión hay varias decisiones judiciales relevantes en la jurisprudencia anglosajona. La más citada es la doctrina expuesta en el caso australiano Scandrett contra Dowling, en relación a la Iglesia anglicana en Australia, en donde se especifica que el efecto vinculante de sus normas proviene de la fe compartida de los miembros de la congregación, más que de cualquier otro

poder público sancionador que otorgue rango legal a esas normas. Es decir, la fuerza vinculante de las normas religiosas proviene del propio convencimiento de sus miembros y de su adhesión normativa en torno a una fe compartida (Sandberg, 2011: 72-73). Esta doctrina de la jurisprudencia anglosajona fue confeccionada para determinar qué normativa debería aplicarse en caso de conflicto entre los miembros de un determinado grupo religioso. La mayoría de los casos sucedían en relación con lo que en derecho anglosajón se denomina como “grupos religiosos no institucionalizados” (non-established religious groups) y hacía referencia a aquellas congregaciones anglicanas que se establecieron fuera de la metrópolis en los territorios del Imperio británico o bajo su influencia (Cox, 2004: 46). Para el derecho anglosajón, el estatus jurídico de las distintas iglesias anglicanas que fueron surgiendo en la época colonial eran de naturaleza no institucionalizada, ya que no tenían el soporte jurídico de un Estado, por lo que no disfrutaban de la posición jurídica privilegiada de la Iglesia anglicana. De este modo, en ausencia de una normativa estatal o a falta de un reconocimiento formal de las instituciones y reglas del grupo religioso, el marco jurídico aplicable se determinaba con base en ese consensual compact constituido en torno a una fe compartida en foro conscientiae, es decir, conscientemente asumidas, y que debe regirse de forma análoga a las asociaciones de carácter voluntario (Douglas et al., 2011: 16). Esta es la manera que tiene el derecho anglosajón de dotar de rango legal, desde un punto de vista secular, a las normas religiosas. Esta doctrina tiene mucho sentido en la tradición pluralista de los teóricos británicos. Frente al monismo teórico del poder soberano defendido por Hobbes y Bodin, los pluralistas británicos sostienen que la legitimidad del poder soberano no se constituye de forma vertical desde la autoridad del Estado, sino en competencia con otros poderes de cuya cohesión obtiene su legitimidad (Muñiz-Fraticelli, 2014: 22). Para Harold Laski (2000), por ejemplo, la obediencia habitual es una medida del poder soberano, por lo que el Estado no es la única autoridad existente en una misma sociedad. Existen otro tipo de entidades de carácter asociacional, como iglesias, universidades o sociedades comerciales, que influyen de igual manera en el comportamiento de los ciudadanos mediante reglas e instituciones propias, por lo que no puede concebirse al Estado como único detentador del poder soberano, sino como uno

más en competencia por la obediencia habitual de los individuos de una misma sociedad.

90 . Según Griffiths (1986), el pluralismo jurídico puede ser débil o fuerte. El pluralismo jurídico fuerte describiría una sociedad atravesada por multitud de sistemas jurídicos, tantos como grupos semiautónomos, cuya validez y jerarquía serían equivalentes. El pluralismo jurídico débil, en cambio, hace referencia a cuando un Estado permite la existencia de otros sistemas jurídicos subordinados. Esta situación débil sería la que se habría dado en las colonias.

91 . La existencia de múltiples fuentes de autoridad normativa en competencia produce situaciones en las que inevitablemente se generan choques e incompatibilidades entre los diferentes sistemas normativos. Estas situaciones se producen continuamente entre el ordenamiento jurídico del Estado y los sistemas normativos de los grupos étnicos o entre las llamadas normas internas de los grupos y las normas externas del derecho estatal (Esau, 2008). Son tensiones que se producen sobre todo cuando las incompatibilidades normativas provienen del contenido iliberal de algunas normas internas, ya que, dentro de esta coexistencia normativa, el derecho estatal, dada su preeminencia jerárquica, tan solo está dispuesto a acomodar las normas jurídicamente compatibles de los grupos étnicos, sin que ello suponga un reconocimiento expreso de las normas internas del grupo como sistema jurídico diferenciado. La cuestión que se plantea, por tanto, es si se puede dar cabida al reconocimiento de normas internas de carácter marcadamente iliberal o si la incompatibilidad de una norma interna debe evolucionar hacia formas normativas jurídicamente aceptadas por las normas externas. En ambos casos tendrá que existir una reciprocidad normativa que incentive el reconocimiento y acomodo por ambas partes: dentro de los grupos étnicos, siendo permeables a la influencia de los principios liberales, y por parte del Estado, asumiendo la existencia de normas dentro de los grupos étnicos que puedan ser incompatibles con su ordenamiento jurídico. Lo importante para la convivencia, sin embargo, no será que las

minorías étnicas tengan que transformar internamente sus normas hacia formas jurídicas más liberales, sino simplemente actuar externamente conforme a esas formas, respetando, por ejemplo, la existencia de otros grupos étnicos o la preeminencia jerárquica de las normas externas del Estado. Todas estas cuestiones las veremos viendo un poco más adelante.

92 . Es decir, que, dada la falta de puntos de conexión, en este caso, jurídicos entre los individuos por la falta de un sistema jurídico común, se produzca un repliegue de los mismos hacia sus comunidades étnicas.

93 . El reconocimiento por parte del Estado de una jurisdicción parcial o exclusiva, basada en la fe y con competencias sobre la mayor parte de las disputas personales y religiosas de una comunidad no territorial de creyentes, es una reminiscencia del sistema de los millet que el Imperio otomano utilizó para gestionar la diferencia. A través de este sistema, el Imperio otomano otorgó competencias jurisdiccionales en educación, religión, derecho personal y familiar a cada una de las comunidades religiosas no musulmanas, ayudando a establecer unas entidades comunitarias rígidamente separadas (Barkey, 2008). Dentro de los millet, los no musulmanes gozaban de la protección del imperio y podían vivir sometidos a las normas y costumbres de sus propias religiones siempre y cuando reconocieran la superioridad última del Estado y el lugar privilegiado que ocupaba el islam entre todas las religiones. Dentro de los millet, las élites intermedias tomaron el control de los miembros del grupo, brindándose para ello de la ortodoxia religiosa para poder definir el statu quo, con un poder legalmente reconocido y garantizado para administrar sus comunidades semiautónomas (Barkey, 2008: 294). Con la delegación y codificación de las normas que regulaban el estatuto personal de sus miembros, no solo se favoreció el acomodo de las diferencias religiosas y su convivencia, sino que se ayudó a construir y dar forma a esa diferencia, afectando al marco religioso y la cuestión jerárquica del género (Cohen, 2011: 40). El control que se les otorgaba sobre las normas que regulaban el estatuto personal y, por tanto, sobre aquellas

normas que regulaban el matrimonio, divorcio, herencia, adopción y régimen económico matrimonial se convirtieron en una herramienta disciplinaria fundamental para la vigilancia de los límites de la comunidad y la diferenciación con respecto a las demás, y también ayudaron a reforzar las jerarquías de género, haciendo recaer todo el peso de la identidad en las mujeres. Las competencias que se les otorgaban eran, pues, fundamentales para la nueva función del derecho familiar como instrumento de demarcación identitaria.

94 . Esta es la exclusividad que solicitaban las plataformas contra el reconocimiento de los Tribunales de sharía (One Law for All).

95 . En el modelo secular absolutista, la falta de representatividad de las identidades colectivas; en el modelo del particularismo religioso, los problemas de género y la deriva desintegradora de la cohesión social.

96 . Este tipo de acuerdos puede variar dependiendo de relación que tenga el Estado con el resto de confesiones religiosas (Helly, 2011: 137 y ss.), especialmente con respecto a las religiones que tengan una presencia institucional más fuerte, como la católica en algunos países. La dificultad para implementar este modelo reside básicamente en que, para la existencia de una jurisdicción particular para un determinado grupo religioso, los miembros de la comunidad deben renunciar a parte de sus derechos como ciudadanos del Estado de acogida, al menos en una primera instancia. Es decir, al quedar adscritos a una jurisdicción particular de una manera voluntaria (si es que reconocemos la voluntariedad en el deseo de pertenencia), los miembros de la comunidad renuncian a las normas generales del Estado para todas aquellas áreas jurídicas asumidas por la jurisdicción particular. Pero les queda la posibilidad de recurrir a los tribunales ordinarios en segunda instancia siempre que las decisiones tomadas dentro de su jurisdicción hayan contravenido los acuerdos de mínimos

alcanzados en el convenio firmado ex ante. No obstante, y a pesar de todos los controles e incentivos, los deseos transformativos no siempre logran su objetivo, porque no todas las posibilidades quedan bajo su control. Un ejemplo claro, tratado también por Shachar (2001: 57 y ss.), es el denominado *agunah problem*, un callejón sin salida al que muchas mujeres judías tienen que enfrentarse en sus procesos de divorcio. Para que una mujer judía obtenga su divorcio o *gett*, debe ser el marido quien se lo otorgue. Es una cuestión que depende totalmente del marido, por lo que, si este se lo deniega, la esposa jamás obtendrá el divorcio y los tribunales nunca podrán declararlo. Existe una excelente película al respecto, a la que ya hicimos referencia, dirigida por los hermanos Elkabetz, titulada *Gett: el divorcio de Viviane Amsalem* (2014), que reproduce de una manera brutal la impotencia a la que se enfrentan muchas mujeres judías a las que sus maridos deniegan el divorcio, en muchas ocasiones tan solo por mero despecho. En la película observamos la odisea jurídica a la que se ve sometida su protagonista, Viviane, quien durante años intenta que un tribunal rabínico obligue a su marido a otorgarle el divorcio. Como el tribunal no tiene la capacidad para declararlo, únicamente puede presionar al marido para que lo haga, pero ninguna medida de presión consigue hacer mella en la voluntad del marido, que en ningún momento llega a conceder el divorcio a su esposa.

97 . Esta propuesta podría encajar bien con las ideas pluralistas de algunas teóricas del derecho islámico como Asifa Quraishi-Landes (2012). Para la profesora Quraishi, por ejemplo, el pluralismo jurídico fue una característica consustancial al derecho islámico por lo menos hasta antes del colonialismo. A diferencia del centralismo legal imperante en las sociedades occidentales desde la modernidad, el pluralismo jurídico fue una característica común de la mayoría de los gobiernos musulmanes en prácticamente todos los lugares donde existió. Algo que, por otro lado, tampoco era ajeno a los territorios cristianos antes de la llegada del Estado moderno. Esta circunstancia quedaba bien reflejada en la separación normativa existente entre la religión y el Estado, que daba cuenta de la existencia de dos sistemas jurídicos diferentes. En las sociedades musulmanas anteriores al colonialismo, por tanto, existían

básicamente dos clases de derecho: por un lado, el derecho que emanaba de las normas elaboradas por el Gobierno —es decir, el poder ejecutivo imperante en cualquiera de sus formas: el rey, el gobernante o el califa—; y el derecho que provenía de la interpretación de las escrituras sagradas. Esta división creaba una marcada diferenciación entre las cuestiones que regulaban uno y otro ordenamiento jurídico. Así, el derecho de los gobernantes, por un lado, se encargaba de regular todas las cuestiones que afectaran al interés general (maslaha ‘amma) de los gobernados, sobre todo cuestiones administrativas o de seguridad (siyasa). El derecho de las escrituras, por otro lado, eran las normas reguladoras del comportamiento de un buen musulmán, pero también se encargaban de regular otras cuestiones, como las relaciones familiares. Estas últimas son las normas que integrarían, como hemos visto al principio de este capítulo, la sharía. Por otro lado, a diferencia de otros autores, Asifa Quraishi-Landes opina que la sharía no debería relacionarse con el fiqh, ya que son cuerpos normativos de distinta naturaleza. Para ella, la sharía contendría las normas que tienen un origen estrictamente divino y que, por lo tanto, serían incognoscibles. El fiqh, en cambio, es la interpretación que hacen los juristas de esas normas divinas y, dada su condición, pueden llegar a equivocarse. Por eso el derecho islámico es, en realidad, plural y flexible y todo musulmán puede solicitar que se le aplique una norma que haya sido interpretada por la escuela jurídica con la que se sienta más identificado. Se acepta, por tanto, que cualquier interpretación jurídica de los ulemas de las distintas escuelas es solo un acercamiento dogmático al verdadero significado de la norma. De ahí que se acepte su falibilidad. No existe, por tanto, una interpretación única de la sharía, que solo operaría como principio rector del derecho en analogía con el principio del imperio de la ley (Krawietz, 2008; Otto, 2007). Por esta razón, si tenemos en cuenta la naturaleza plural del derecho islámico y la flexibilidad interpretativa de sus normas, la idea de compartimentación del derecho podría ser viable. Las comunidades musulmanas no tendrían problema en arrogarse las normas del Estado que trataran cuestiones de interés común (siyasa) y podrían mantener delegado cierto poder jurisdiccional sobre temas próximos a los principios orientativos de la sharía, pero interpretados por el fiqh, como las cuestiones de derecho de familia. Esto devolvería al derecho islámico a su auténtica esfera normativa, al ámbito de las

convicciones, como un cuerpo normativo de adscripción voluntaria, y dejaría al Estado desarrollar todas aquellas normas de carácter jurídico necesarias para satisfacer el interés común. Lo que se estaría aceptando, por tanto, no es tanto un sistema de pluralismo jurídico, en el que competirían normas jurídicas emanadas de distintos poderes con cierto poder sancionador, sino un pluralismo normativo, en el que las normas solo compiten por la convicción de sus destinatarios (An-Na'im, 2011: 796-797).

98 . Esta afirmación, por supuesto, la hago con cautela, más aun habiendo analizado el determinismo normativo de algunos sujetos por su pertenencia a un grupo étnico o religioso concreto, como hemos visto hasta ahora. Pero esta circunstancia, sin duda, no es incompatible con la convicción del propio sujeto de pertenecer a dos mundos jurídicos diferentes que se pueden complementar mutuamente. Uno puede tener un carácter más sustantivo y ser parte constituyente de su propia identidad, mientras que el otro puede ser más instrumental y constituir el mecanismo que hace jurídicamente posible el cumplimiento y la aplicación de las normas. Aquí traigo a colación la diferencia que podría darse entre el derecho de la minoría, como sistema normativo, y el derecho estatal como sistema jurídico. Uno con un carácter más sustantivo y otro con un carácter más instrumental. En paralelo a este modelo, podría existir un espacio jurídico reservado a las minorías etnorreligiosas para cuestiones normativas relacionadas con su identidad colectiva, como el derecho de familia, mientras que el ordenamiento jurídico del Estado se reserva para otras cuestiones no contempladas y para todas aquellas de carácter más instrumental, como las administrativas.

99 . Desde un punto de vista sociojurídico, la relación del Estado con las minorías étnicas puede desarrollarse por medio de tres modelos diferentes (Eekelaar, 2010: 345): el primero, que se denominaría modelo de autorización, el Estado permite que dentro de las comunidades étnicas se definan las distintas obligaciones y derechos que los miembros quieran darse para sí, reconociendo su autoridad para imponerlas mediante sus propias instituciones; en el

segundo, que se llamaría modelo de delegación, el Estado es quien determina las normas, pero delega en las comunidades étnicas su aplicación por medio de sus instituciones; en el tercero y último modelo, denominado modelo de abstención intencional, el Estado permite a los miembros de las minorías étnicas elegir libremente la norma que considere aplicable, sin llegar a reconocer expresamente su contenido, dejando en segundo plano la aplicación del ordenamiento jurídico estatal en caso de necesidad. Este último modelo, algo complicado de concebir, es el que, en un contexto multicultural, operaría dentro de esta concepción del voluntarismo cultural aludido, ya que es el propio sujeto quien se adscribe libre y voluntariamente a un determinado sistema jurídico. Pero al hablar de voluntarismo reitero la prudencia expresada en la nota anterior. Como afirma el propio autor de esta clasificación de posibles modelos, pensar en una elección normativa puramente voluntaria es una abstracción, ya que la mayoría nacemos en un contexto cultural que nos determina normativamente. Pero esto no significa que no podamos reconocerles a los individuos cierto margen de discrecionalidad para modificar o abandonar las convicciones normativas heredadas. En la medida en que las oportunidades para hacerlo estén restringidas, la capacidad para ejercer una acción voluntaria se verá más limitada. En cambio, si tales restricciones estuvieran ausentes, la adscripción cultural sería totalmente voluntaria, por lo que tendría sentido afirmar que el individuo puede, mediante su acción, elegir voluntariamente sus normas culturales (Eekelaar, 2010: 352).

100 . La nulidad parcial es una herramienta interpretativa que en derecho privado plantea la ineficacia parcial de un negocio jurídico en atención a la voluntad de las partes. En líneas generales, la herramienta plantea la posibilidad de que un negocio jurídico subsista sin las partes nulas, si así lo manifiestan las partes implicadas. Para que así sea, deben cumplir una serie de requisitos. En el derecho anglosajón, por ejemplo, para aplicar la técnica de la severance hace falta que concurran al menos tres requisitos: que las partes ilegales o nulas no afecten a la totalidad del contrato; que la ineficacia no dé lugar a un contrato o negocio jurídico nuevo; y que la nulidad de algunas partes mediante su división o separación no

modifique la naturaleza del contrato. Por otro lado, en el derecho español se permite la nulidad parcial de los contratos siempre y cuando pueda demostrarse la voluntad de las partes de conservarlo aun sin el contenido nulo y separado del contrato. De este modo, para poder apreciar la ineficacia parcial de un negocio jurídico hace falta que se den dos requisitos: en primer lugar, que el contenido nulo sea divisible o separable del resto de contenidos contractuales y que, una vez suprimidos, no queden afectados los elementos esenciales del mismo, ya que desaparecería su naturaleza; en segundo lugar, que las partes hubieran manifestado su voluntad de conservar el negocio jurídico aun con las partes nulas suprimidas (González García, 2015: 81-84).

101 . Sobre los acomodos legales, cfr. Isabel Wences (2015) y Eduardo Ruiz Vieytes (2009). Más adelante volveremos sobre ellos.

102 . La mayor parte de la literatura existente sobre la interacción normativa de los musulmanes con los sistemas jurídicos de los Estados receptores describe esta situación como un escenario jurídico complejo que ha dado lugar a formas híbridas del derecho. Para muchos autores (Pearl y Menski, 1998; Yilmaz, 2000; Bunt, 1998; Bano, 2007) la sociología jurídica ha tenido que adoptar un enfoque posmoderno para reconocer la pluralidad y la diversidad social actual por medio de herramientas interpretativas como la *angrezi sharia* (“sharía inglesa”, en urdu), un híbrido entre el derecho islámico y el derecho británico (Menski, 2001). Inspirada en la teoría de los trasplantes jurídicos (Chiba, 1989), esta herramienta pretende mostrar las variantes multijurídicas que adoptan las comunidades musulmanas en la diáspora al reproducir e intercalar las normas del ordenamiento jurídico del Estado receptor con las normas del derecho de familia musulmán, dando lugar a un complejo sistema jurídico de carácter híbrido.

103 . Las estrategias de esta defensa identitaria a través de la religión pueden ser diferentes a un lado y otro del Atlántico (Foner

y Alba, 2008). En Estados Unidos, las congregaciones religiosas jugaron un papel aglutinador para los inmigrantes y funcionaron como conductores para una mejor integración de los recién llegados. En Europa, por el contrario, donde la tensión entre la religión y el laicismo puede condicionar el reconocimiento de las identidades religiosas, la identidad se asume como oposición a la asimilación, como ocurre con la identidad musulmana. La defensa de una identidad musulmana frente al laicismo o las políticas de asimilación es una manera de reclamar la atención frente a la amargura de la exclusión, particularmente para las segundas generaciones (Foner y Alba, 2008: 373).

104 . Esta circunstancia puede ser matizada dependiendo de los tratados internacionales y los convenios bilaterales firmados por cada país. Cada uno establece sus factores de conexión para determinar la ley aplicable con base a la nacionalidad, la residencia o domicilio, o la ley elegida por la voluntad de las partes (Foblets, 1997). Así, en el caso de Reino Unido, el factor de conexión se determina a través del domicilio de las partes; en Alemania, mediante el criterio de la nacionalidad; en Francia, igualmente, el criterio de la nacionalidad de las partes, debido a los múltiples convenios bilaterales; lo mismo para España, que fija el criterio de la nacionalidad común de las partes para cuestiones matrimoniales (artículo 9.2.2 del Código Civil).

105 . Es un contrato matrimonial de simple derecho civil que no tiene un carácter especialmente religioso. Se trata, por tanto, de un contrato entre dos partes por el que se obligan a ciertas obligaciones conyugales. Para su validez, el nikah requiere fundamentalmente de tres condiciones: capacidad jurídica de las partes, que varía de un país a otro; consentimiento de las partes, que el hombre puede expresar por sí mismo, pero para la mujer se necesita de un tutor o walí; y determinación y pago de la dote o mahr, al menos de forma parcial (Maíllo Salgado, 2005: 279-282).

